العقد المنظم للحكام

فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام

تأليف

الإمام الفقيه أبي محمد عبد الله بن عبد الله

ابن سلمون الكناني

توفي (٧٤١) هـ

عناية وتعليق

أ/ محمد عبد الرحمن الشاغول



العقد المنظم للحكام

فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام

تأليف

الإمام الفقيه أبي محمد عبد الله بن عبد الله

ابن سلمون الكناني

توفي (٧٤١) هـ

عناية وتعليق

أ/ محمد عبد الرحمن الشاغول



الكناني ، ابن سلمون
العقد المنظم للحكام فيما يجرى بين ايديهم من العقود والأحكام
تأليف : الأمام الفقيه ابى محمد عبد الله بن عبد الله ابن سلمون الكناني
تحقيق : محمد عبد الرحمن الشاغول
ط 1 ، القاهرة / دار الآفاق العربية 2011
733 ص ، 24 سم
تدمك :978-977-344-171-8
رقم الأيداع:2010-23308
1432 هـ - 2011

دار الآفاق العربية
نشر- توزيع - طباعة
55 شارع محمود طلعت من ش الطيران
مدينة نصر - القاهرة
تليفون : 22617339 تليفاكس : 22610164
Email : daralafk @yahoo.com
Email : selimafak @ live .com



بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمـــــة

الحمد لله، والصلاة والسلام على سيدنا رسول الله، وآله، وصحبه، ومن والاه، وبعد:

فهذا كتاب «**العقد المنظم للحكام فيما يجرى بين أيديهم من العقود والأحكام**» وقد ألفه العالم الجليل، والحبر النحرير الشيخ الفقيه أبو محمد عبد الله ابن سلمون الكنانى. وهو كتاب قيّم، ورائع فى موضوعه، يتكلم فيما يكون من الأحكام الشائعة الجريان بين الناس، ويُـتبع الكلام عن أحكامها بنصوص العقود التى ينبغى أن تكتب فيها؛ لصيانة الحقوق، ولاستقرار الأحكام، ولإنفاذ القضاء على الوجه اللائق به....، وهو مفيد فى استقراء كيفية التنظيم العام فى هذه القضايا والبناء عليها إن لم يكن الأخذ ببعضها إن ناسبت بعض مسائل العصر، وناسبت الأشخاص والأحوال والأزمان والأماكن، وإلا فالأخذ بالمقاصد العامة لها، والقواعد الفقهية التى تضمنتها، والتى اشتملت على الحفاظ ما أمكن على الأرواح والأعراض والأموال..إلخ .

نبذة عن الكتاب:

وقد اعتمدت فى إخراج الكتاب على طبعة قديمة طبعت بالمطبعة البهية المجاورة للقطب الدردير، وكان ذلك سنة اثنتين وثلاثمائة وألف من الهجرة، أى: منذ مائة وأربعة وعشرين عاماً هجرياً.

والكتاب موجود على هامش كتاب «**تبصرة الحكام**» للقاضى ابن فرحون وقد طُبع كتاب **التبصرة** قبل ذلك بالمكتبة الأزهرية للتراث، واليوم مَنَّ الله بإخراج كتاب «**العقد المنظم**».

هذا وتقع هذه الطبعة الحجرية القديمة فى (٥٨٠) صفحة، وهى محفوظة تحت رقم (١٧٩٢) خصوصية، و(٤٤٤٧٧) عمومية بمكتبة الأزهر الشريف بالمشيخة، وخط هذه الطبعة من الخطوط الجيدة، وحاولت بذل الوسع فى إخراج الكتاب على وجه لائق، وخرجت آياته القرآنية، وأحاديثه الشريفة وإن كانت قليلة، وأشرت إلى بعض مواضع السقط فيه؛ عسى أن يستفيد به العبد الفقير، وسائر طلبة العلم والباحثين وطلبة العلم الشرعى الشريف، والقائمين على فصل النــزاعات وعقد العقود، كالقاضى والمأذون والفقيه والمحامى..إلخ وما كان من خيرٍ وصوابٍ فهو من الله، وما كان من خطأ أو سهوٍ فهو منــى أو من الشيطان. والله حسبى ونعم الوكيل، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم وبارك على سيدنا محمد، وآله، وصحبه.

كتبه

أ/ محمد عبد الرحمن الشاغول

ترجمة المؤلف

نسبه ومولده:

هو الإمام العلامة أبو محمد عبد الله بن على بن عبد الله بن عبد الله بن عبد الله بن عبد العزيز بن سلمون الكنانى الغرناطى.

وهذا الشيخ يعد وحيد عصره، وفريد دهره علماً وفضلاً وخلقاً؛ فهو إمام فى كثيرٍ من الفنون.

وولد سنة (٦٦٩) هـ.

شيوخه:

وقد قرأ على أبى الحسن بن فضيلة، وأبى الحسن البلوطى، وجماعةٍ.

ولقى أبا الربيع بن سالم، وأبا طالب محمد المغيلى، وابن المرحل، وغيرهم، وأخذ عنهم.

ومن تلاميذه:

قال الحضرمى: أخذت عنه كثيراً قراءةً وسماعاً.

مؤلفاته:

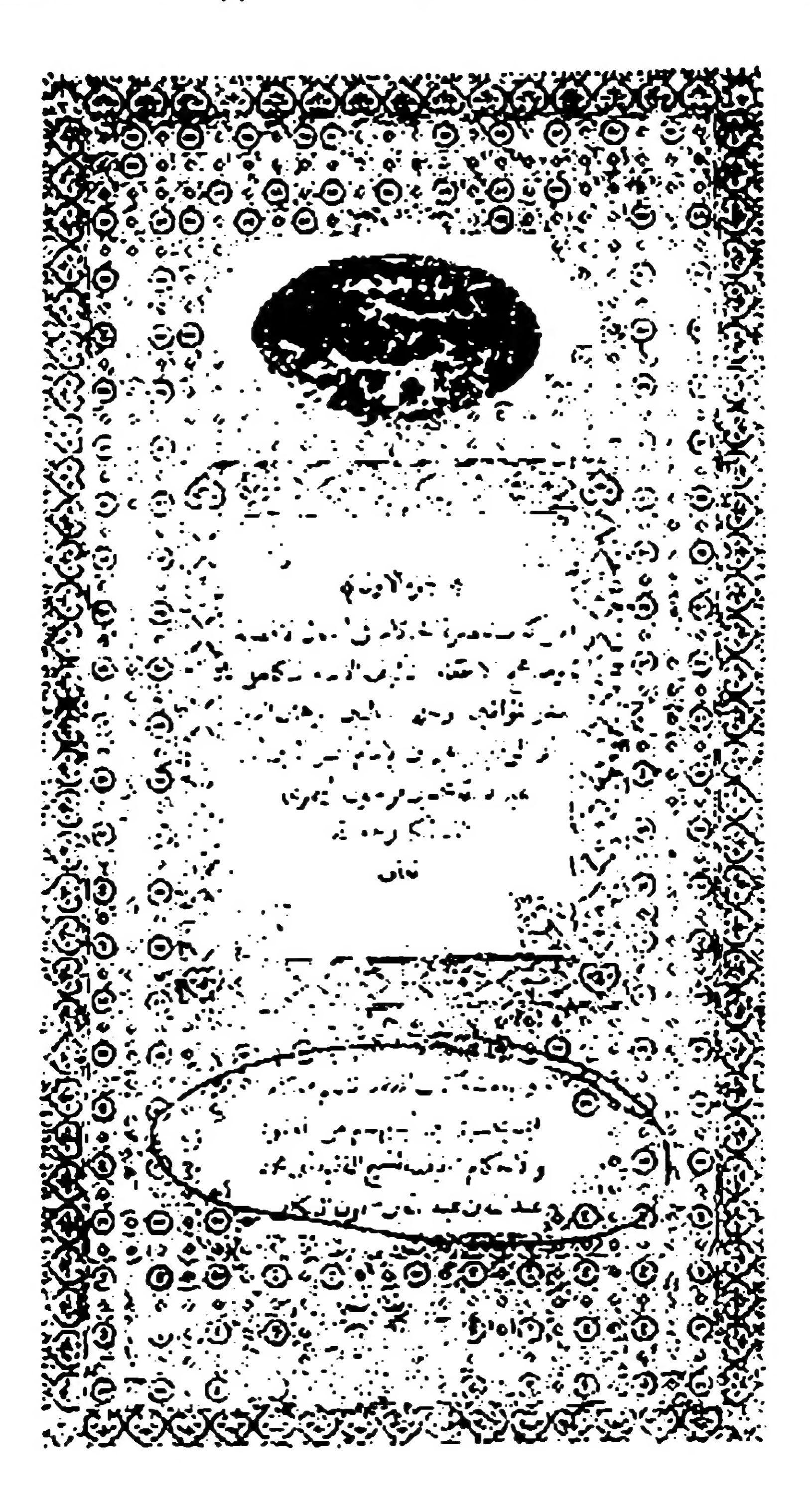
ألف: ((الشافى فيما وقع من الخلاف بين التبصرة والكافى))، وكتابه هذا الذى بين أيدينا.

وفاته:

توفى -رضى الله عنه- شهيداً فى واقعة طريفٍ سنة (٧٤١) هـ[1].

(1) الترجمة من كتاب: ((شجرة النور الزكيّة فى طبقات المالكية)) للعلامة الشيخ: محمد بن محمد مخلوف، وقد ذكره فى ((الطبقة الخامسة عشرة)) فرع ((الأندلس)) تحت رقم (٧٤٩).

صورة الصفحة الأولى من كتاب ((العقد المنظم))



صورة الصفحة الأخيرة من كتاب ((العقد المنظم)).

الحمد لله الذى أنزل كتابه [illegible] وهدى به أهل الفضل والقبول والصلاة والسلام على أفضل من وضح الشرع [illegible] بين الاحكام وعلى آله وأصحابه [illegible] الاعلام [illegible] فقد تم طبع [illegible] تبصرة الحكام فى أصول الاقضية ومناهج الاحكام على [illegible] العقد المنظم للحكام فيما يجرى بين أيديهم من العقود والاحكام [illegible] تسهيل [illegible] بشرفهما [illegible] من [illegible] الاحكام [illegible] كبار الدواوين [illegible] على [illegible] وكان [illegible] بالمطبعة [illegible]

[illegible] حضرة محمد افندى مصطفى [illegible] الأديب حضرة الشيخ [illegible] وتم [illegible] فى أواسط شوال سنة ١٣٠٢ هجرية [illegible] وآله أفضل الصلاة وأزكى التحية [illegible]

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة المؤلف

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم، قال الشيخ الفقيه أبو محمد عبد الله بن عبد الله بن على بن سلمون الكنانى رحمه الله تعالى ورضى عنه ونفعنا به وبعلومه آمين:

الحمد لله ذى المجد والكرم الذى علم بالقلم علم الإنسان ما لم يعلم، وصلى الله على سيدنا محمد سيد ولد آدم الذى به ديوان الرسالة ختم، وعلى آله الطاهرين وصحابته الأكرمين وسلم، وبعد:

فإنه لما كانت الأحكام الشرعية لها محل كبير من الدين وعمدة فى حفظ نظام أمر المسلمين وابتليت بها فى سن عتاب بن أسيد وعلمت ما فى قوله عليه الصلاة والسلام: «**القضاة ثلاثة قاضيان فى النار وقاض فى الجنة من الوعد والوعيد**»[1]، لم أزل أعمل النظر فى دواوين العلماء، وأطيل البحث عن المسائل المحفوظة فى ذلك عن المتقدمين والمتأخرين حتى اجتمع لى فى ذلك عدة من المسائل المفيدة وجملة وافرة من الأحكام والنوازل الفريدة فأردت أن أضم نشرها وأنظم على الاختصار دورها فى ديوان يحتوى عليها، ويكون لى تذكرة عند التشوق إليها وأضفت إلى ذلك من الوثائق المستعملة ما يكون لفائدتها كالتكملة، وقد جمعت من ذلك للناظر ما يكثر به بلواه ولا يجده مجموعاً فى

---

(1) الحديث أخرجه أبو داود فى ((سننه))، والترمذى وابن ماجه.

سواه -والله تعالى أسأل أن ينفع به فهو حسبي ونعم الوكيل- وسميته بكتاب «**العقد المنظم للحكام فيما يجرى بين أيديهم من العقود والأحكام**».

النكاح: وهو مندوب إليه عند جمهور العلماء، وقال أهل الظاهر بوجوبه وللمتأخرين من المالكية فى ذلك تفصيل، قال بعضهم: فإذا كان الرجل لا أرب له فى النساء ولا يرجو له نسلا لأنه حصور أو مجبوب أو خصى أو شيخ فان أو عقيم قد علم ذلك من نفسه كان له مباحاً، وإن كان له أرب فى النساء إلا أنه يقدر على التعفف أو لا أرب له ويصح منه النسل كان له مندوباً، وإن كان لا يقدر على التعفف وله أرب فى النساء ويخشى على نفسه الزنا ولا يقدر على التسرى ولا يذهب ذلك عنه بالصوم كان عليه واجباً، وإن كان لا يحتاج إليه ويخشى أن لا يقوم بما أوجبه الله عليه فيه فهو له مكروه وإعلانه مندوب إليه لقوله عليه الصلاة والسلام: «**أعلنوا النكاح واضربوا عليه بالدفوف**»[1]، ويكون إعلانه بالذكر واللعب والوليمة، قال مالك: ولا بأس بالدف والكبر، وقال أصبغ: لا يعجبنى المزهر وهو المربع، والوليمة مستحبة وهى بعد البناء، وقيل: قبله، وأولم رسول الله ﷺ على زينب وصفية بعد البناء، وتستحب الخطبة يوم الجمعة بعد صلاة العصر، ويستحب العقد فى شوال والبناء فيه لأن عائشة -رضى الله تعالى- عنها تزوجها رسول الله ﷺ فى شوال وبنى بها فى شوال، وقد حكى أنه يستحب النكاح فى رمضان رجاء البركة، وأنه تزوج عائشة فيه والأول أصحّ، ولا يصح إلا بالولى والصداق وشاهدى عدل فأما الولى فهو شرط فى أصل العقد فإن عرى منه العقد وباشرته المرأة بنفسها كان

(1) رواه الترمذى بلفظ: «أعلنوا هذا النكاح، واجعلوه فى المساجد، واضربوا عليه بالدفوف».

فاسدا ولم يصح بإجازة الولى وأما الصداق فلا يجوز التواطؤ على إسقاطه، ويجوز تأخير فرضه إلى حين البناء وإلا يقع تقديره جبر وهو نكاح التفويض عند مالك، وأما الشاهدان فلابد منهما أيضاً قبل الدخول فإن وقع الدخول قبل الإشهاد حدا إلا أن يأتيا بشبهة، قال بعض المتأخرين: إذا أقر الرجل بوطء امرأة وادعى أنه تزوجها أو وطئ أمة رجل وادعى أنه اشتراها فعليه الحد فى مذهب ابن القاسم، ولا يحد على مذهب أشهب، وقول ابن حبيب فى «الواضحة»، فإن وقع العقد دون إشهاد وأشهدا قبل الدخول صح باتفاق ولا ينعقد إلا بلفظ يقتضى التأبيد كأنكحت وزوجت، وأولى الأولياء بالعقد المالك ثم الابن وإن سفل ثم الأب وروى الأب، مقدم على الابن ثم الأخ ثم ابنه ثم الجد، وقبل الجد أولى من الأخ ثم سائر العصبة على حسب ترتيبهم فى الإرث.

إنكاح الأب ابنته البكر فى حجره

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين والمرسلين وعلى آله وصحابته أجمعين، وبعد: فهذا كتاب نكاح العقد على بركة الله تعالى بين فلان وفلان فى ابنته البكر فى حجره فلانه بصداق مبلغة بين نقد وكالئ كذا النقد منه كذا برسم الحلول، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا تزوجها بكلمة الله العلى العظيم وعلى سنة سيدنا محمد رسوله الكريم وعلى ما نطق به محكم القرآن من إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان، وليحسن صحبتها، ويجمل عشرتها وله عليها مثل ذلك وزيادة درجة لقوله عز وجل: ﴿وَلِلرِّجَالِ عَلَيْهِنَّ دَرَجَةٌ وَاللَّهُ عَزِيزٌ حَكِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٨] عقده عليها بما

ملكه الله من أمرها وجعل بيده من العقد عليها والنظر لها والدها، وهى بكر فى حجره وولاية نظره، صحيحة الجسم والعقل خلو من الزوج وعدة الوفاة حل للعقد بعد الاستئمار المستحب، وشهد على الزوج ووالد الزوجة المذكورين بما فيه عنهما من أشهداه به وعرفهما وهما بحال الصحة والجواز فى كذا.

بيان وفقه: الخطبة مستحبة وما قل منها أفضل والصداق ما يبذله الزوج للزوجة فى عقد النكاح، وهو المهر أيضاً، وقد يسمى بعض الكتاب المكتوب الذى تقع فيه الشهادة بالنكاح صداقاً، وذلك تجوز، وإنما يسمى ذلك كتاب الصداق أو كتاب النكاح.

والصداق: هو المبذول فإن وقع النكاح بأقل من ذلك ففى ذلك قولان فى «المدونة» أحدهما أنه يفسخ قبل البناء وبعده، والثانى: أنه يفسخ قبل البناء ويثبت بعده وهل هذان القولان بالفسخ إذا أبى الزوج عن إكمال أقل الصداق أم ذلك إذا وقع كذلك سواء أبى الزوج عن إكماله أم لا؟ فى ذلك أيضاً قولان للمتأخرين، وقد أجازت طائفة من أهل العلم النكاح على ما تراضوا عليه من قليل أو كثير وهو مذهب ابن المسيب وغيره وبه قال ابن وهب، ولو بدرهم واحد وأما أكثره فلا حد له وقد أراد عمر -رضى الله تعالى عنه- أن يحمل الناس على أن لا يجاوزوا فى الصداق أربعمائة درهم وهو مبلغ صداق أزواج النبى ﷺ، فقالت امرأة: يا أمير المؤمنين إن الله تعالى يقول: ﴿وَآتَيْتُمْ إِحْدَاهُنَّ قِنطَارًا﴾ [النساء: ٢٠] فقال: كل الناس أعلم منك يا عمر حتى النساء. ولابد من بيان السكة إن كان الصداق دنانير أو دراهم فإن سقط ذكرها كان لها

السكة الجارية فى البلد فى تاريخ النكاح فإن اختلفت أخذت من الأغلب فإن تساوت أخذت من جميعها كمن تزوج برقيق و لم يصف حمراناً ولا سودانا، والنقد هو المعجل، ولا يبرأ الزوج منه حتى ينص على قبضة، وقد ذكر ابن أبي زمنين فى «وثائقه»: أنه إذا قال: نقدها وسكت أن فى ذلك قولين أحدهما: أن فى ذلك براءة الزوج وهو قول سحنون لأن معنى نقدها عجل لها أى دفع لها والثاني: أنه لا يبرأ بذلك حتى ينص على القبض، وهو قول ابن حبيب، وللزوجة الامتناع من الدخول حتى تقبضه فإن رضيت للدخول قبل قبضة جاز بعد أن ينقدها منه مقدار ربع دينار.

والكالئ: بالهمز هو المؤخر والنكاح به دون نقد مكروه وتأجيله إلى العشرين سنة فأدونها جائز باتفاق، ولا يفسخ النكاح إذا أوقع به، واختلف إن وقع الأكثر من ذلك، فقيل: إنه يفسخ فيما فوق العشرين وهو قول ابن وهب، وقيل: إنه لا يفسخ إلا فيما فوق الأربعين وهو الذى رجع إليه ابن القاسم، وقيل: لا يفسخ إلا فى الخمسين والستين، وقيل: فى السبعين والثمانين، وهو قول ابن القاسم فى سماع أصبغ واختار ابن القاسم أجله أربع سنين فما دونها والست سنين أيضاً فما دونها وكرهه فيما جاوز ذلك، واختار غيره العشر سنين فما دونها، وكرهه فيما جاوز ذلك وهو قول أصبغ وأشهب، وقيل: يجوز فيما دون العشرين من غير كراهة وإن أغفل ذكر الأجل فيه فإن النكاح يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل معجلاً ما لم يكن أقل من المعجل المسمى فلا ينقص منه أو أكثر من المعجل والمؤجل فلا يزاد عليها وروى عيسى أن النكاح يفسخ إذا لم يكن للكالئ أجل مطلقاً، وذكر ابن مغيث فى «وثائقه» إذا لم يؤرخ

أجل الكالئ: أن النكاح يجوز ويضرب له أجل البلد قياساً على البيع على الخيار إذ لم يضرب له أجل، وفى كتاب «الاستغناء»: إذا اختلف الزوج والولى فى أجل الكالئ فقال الشهود: أنسيناه، فإن كان أجل الكوالئ كلها متعارفا عندهم وكان لقلة الكوالئ وكثرتها أجل حمل ذلك الكالئ إلى مثل ذلك الأجل، فإن لم يكن ذلك عندهم متعارفاً حمل أجله إلى أكثر ما تحمل عليه الكوالئ إلى مثل ذلك الأجل ويثبت النكاح، وإن حل أجل الكالئ قبل الدخول كان للزوجة الامتناع منه حتى تقبضه على المشهور من مذهب مالك وأصحابه، وقيل: لا يكلف وزن الكالئ حتى يبنى بامرأته فإذا بنى وكمل أسبوعه معها أخذته، فإن أعسر به قبل البناء فإنها تطلق عليه كالإعسار بالنقد، وأما بعد البناء فلا تطلق عليه ويكون دينا فى ذمته، قاله فى كتاب «التنبيه» أبو الطاهر بن بشير، قال: وللزوجة المطالبة به عند حلوله إن كانت رشيدة وإن كانت سفيهة وأرادوا لها أب أو غيره المطالبة به فرواية المتقدمين أن له ذلك، وقال المتأخرون يجب أن لا تقع المطالبة به للعادة من تأخيره إلا أن يثبت من طالب به الحاجة إلى ذلك وأنه حسن نظر وعليه القضاء الآن ومعنى تزوجها بكلمة الله العلى العظيم قول لا إله إلا الله محمد رسول الله، إذ لا يحل لغير مسلم أن يتزوج مسلمة وقيل بكلمة الله، أي: بقرآن الله، وقال الخطابي: الكلمة قول الله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، والدرجة هى الطلاق الذى جعله الله تعالى بيده، قال ذلك إسمعيل القاضى وقال غيره: الدرجة ما فضله الله به عليها من الجهاد والشهادة الطلاق وغير ذلك، وقيل: هى قوامه عليها قال الله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ [النساء: ٣٤]، وإن شئت قلت: عوض عقده

عليها أنكحه إياها، واختار بعضهم أنكحها إياه بتقديم الكناية عليها قال: لأن الولى إنما يملك العقد عليها لا على الزوج وكلا الوجهين جائز ومعنى بما ملكه الله من أمرها؛ أى من إنكاحها وإباحة وطئها وإن شئت قلت: بما ملكه الله من بضعها وهو النكاح أيضاً، وللأب أن يجبر الصغيرة مطلقاً والبكر البالغ كذلك ويستحب استئذانها واستئذان الثيب بحرام كالبكر وفى الثيب بعارض قولان، والثيب بالنكاح الفاسد كالثيب بالنكاح الصحيح وفى العانس والمطلقة بعد الدخول وقبل المسيس قولان، وفى الثيب تبلغ بعد الطلاق قولان، والبكر التى لم تتزوج، فإن ألفاها ساقطة العذرة ففى ذلك قولان أحدهما: أنه لا يكون له القيام بذلك، ولا ترد الزوجة إلا أن يشترط أنها عذراء، وهو قول أشهب ورواه ابن حبيب عن مالك، وأخذ به جماعة من المتأخرين، والثانى: أن له القيام بذلك وردها منه وهو الذى يأتى على مذهب ابن القاسم، وقاله ابن العطار فى «وثائقه»، وعول ابن فتحون فى «وثائقه» على القول الأول وصوبه فإن قلت: بكراً عذراء كان له الرجوع بلا خلاف، وقولنا صحيحة الجسم والعقل، أى: لا عيب فيها من العيوب الموجبة للرد فإن ألفاها الزوج عوراء أو عمياء أو غير ذلك فلا رجوع له ولا قيام على المشهور، وقال ابن مغيث فإن قلت: سليمة فى جسمها عوضاً من صحيحة كان له القيام بذلك وبكل عيب يظهر بها واستحب للأب الاستئمار لرفع الخلاف إذ من العلماء من رأى أنه لابد من استئذانها، وهو مذهب الأوزاعى وسفيان الثورى وكانت عادة من تقدم ترك الكتابة حتى أحدثت الشروط والكوالئ، وسئل بعضهم عن ثمن الورق الذى يكتب فيه وأجرة الكاتب على من تكون، فقال: على الذى يتوثق لنفسه وهو

المرأة ووليها وأجرة الماشطة على التعارف بين الناس، وقال ابن سهل: لا يقضى على الزوج بأجرة الماشطة على الجلوة إن امتنع ولا بأجرة ضارب دف ولا كبر قال: ويقضى عليه بالوليمة لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم لعبد الرحمن بن عوف: «أولم ولو بشاة»[1] مع العادة عند الخاصة والعامة، وقال ابن رشد، الوليمة مندوب إليها ومرغب فيها، ولا يقضى بها على الزوج ولا حق فيها للزوجة، وقال أبو عبد الله بن عتاب: لا يقضى على الزوج بالعرس والآجرة للجلوة المتعارفة عندهم إن امتنع من ذلك، ويؤمر به ولا يجبر.

فصل

إن كان الصداق هضيمة أو ساق الزوج لزوجته أصل ملك أو غيره فى صداقها كتبت فى الهضيمة على صداق مبلغه بين نقد وكالئ وهضيمة كذا وكذا، النقد من ذلك كذا، والهضيمة التى انتقد النكاح بها وتم على إسقاطها كذا، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا، وهذه الهضيمة جائزة بكراً كانت الزوجة أو ثيبا محجوراً عليها أو غير محجورا عليها، والنكاح إنما انعقد بما دونها، وذكرها فى العقد لغو، «وفى كتاب ابن يونس»: إن أصدقها عددا معلوماً «النقد منه كذا» كذا والكالئ كذا وبقى من الصداق عدد لم يذكره فى نقد ولا كالئ أنه يحمل على الهضيمة، ولا يجوز لأحد من الأولياء أن يعقد نكاح محجورة بأقل من صداق مثلها سواء كان الولى السلطان أو غيره إلا الأب وحده فى ابنته البكر فإنه يجوز له أن يعقد نكاحها بربع دينار فما فوق، وإن كان صداق مثلها

(1) رواه النسائى فى «السنن».

أكثر من ذلك، وكذلك يجوز له أن يسقط من صداقها ما شاء أو يؤخر به أو ببعضه إذا كان ذلك كله على وجه النظر لها في مذهب ابن القاسم وعلى قول مالك: لا يجوز أن يسقط من صداقها شيئاً إلا في الطلاق قبل البناء خاصة وهي رواية ابن وهب عن مالك، ولا يجوز له أن يضع الصداق كله إلا في الطلاق خاصة باتفاق، وتقول في السياقة بعد ذكر أركانها: وساق الزوج لزوجته المذكورة زائداً لما سمى من الصداق جميع الدار الكائنة بكذا حدودها كذا أو الموضع السقوى الكائن بكذا أو النصف الواحد من الأملاك الكائنة بكذا في الإشاعة معه أو مع الغير وبحقوق ذلك، وكافة حرمه ومنافعه سياقه صحيحة كمّل بها الصداق، وانعقد عليها النكاح بعد المعرفة بقدرها، وعلى السنة في ذلك، وتجب الشفعة للشريك في الجزء المسوق إذا كان في الإشاعة مع الغير بالقيمة لا بصداق المثل باتفاق، وهل يجوز للزوجة أو لمن يلي أمرها بيع الملك المسوق قبل البناء أم لا؟ في ذلك قولان، أحدهما: أن ذلك غير سائغ ولا جائز للمنفعة التي للزوج في ذلك حكاه القاضي ابن بشير، والثاني: أن ذلك سائغ ولا مقال للزوج في ذلك، وسئل ابن رشد فيمن ساق لزوجته جزءاً من أملاكه بقرية عينها على الإشاعة فلما كان بعد ذلك أراد بيع حقل معين من أملاكه بالقرية المذكورة وادعى أنه أفاده بعد السياقة ونازعته زوجته في ذلك، فقال: على الرجل أن يقيم البينة على ما ادعاه، فإن لم تكن له بينه حلفت المرأة وأخذت حقها منه، وإن تحمل الصداق عن الزوج والده أو غيره، قلت: وتحمل عن الناكح فلان والده للزوجة فلانة في عقد هذا النكاح جميع الصداق المسمى نقده وكالؤه وهديته إن كانت فيه هدية في ماله وذمته حملا لا حمالة أراد بذلك إعانة

الناكح وصلته وهذا الحمل لازم للحامل فى حياته وبعد وفاته وفى عدمه ويسره لثبوت النكاح باستقراره فى ذمته يطالب به دون الزوج، ولها الامتناع من الدخول حتى تقبضه فإن أعدم الحامل لم يكن للزوج سبيل إليها حتى يدفعه ويتبع الزوج به الحامل إن دفعه، فإن أباحت له الدخول دون شيء لم يكن لها قبل زوجها شيء وتتبع الحامل به إذ لا يطلب الزوج بما تحمله عنه غيره فى عقد النكاح، وقال ابن عتاب: حكى ابن مغيث أنه إن كان للابن مال وتحمل عنه والده الصداق كانت الزوجة مخيرة إن شاءت أخذت به الحامل أو المحمول عنه، وانظر فى «النكت»، وهذا كله إن كان الحمل فى نفس العقد، ولو وقع الحمل بعد عقد النكاح كان حكمه حكم الهبة تبطل فى الوفاة إن لم تقبض فى قول ابن القاسم، وقال ابن الماجشون: يلزمه على كل حال، والحمل ضد الحمالة إذ الحمل لازم لا يرجع به، والحمالة معناها الضمان، وله الرجوع إذا أدى، ولو وقع فى نفس العقد أن فلاناً ضمن الصداق عن الزوج ولم يبين هل هو على الحمل أو الحمالة وانعقد النكاح على ذلك ففى «المدونة» وغيرها: أن ذلك على الحمل اللازم، وقيل على الحمالة وبالأول القضاء.

فصل

وإن نحل والد الزوج ابنه أو والد الزوجة بنته أو غيرهما نحلة فى كتاب الصداق قلت: بعد ذكر الصداق والسياقة ونحل الزوج والده أو الزوجة والدها فى عقدة هذا النكاح ومن أجله جميع الدار الكائنة بكذا حدودها كذا أو الفدان الكائن بكذا حدوده كذا أو النصف أو الربع من أملاكه الكائنة بقرية كذا

وبحقوق ذلك وكافة حرمه ومرافقه نحلة صحيحة صرمها الناحل من ماله، وأبانها عن ملكه وصيرها مالا وملكا لابنه فلان أو لابنته فلانه، وانعقد عليها هذا النكاح وتم بسببها، فإن كان المنحول له مالكاً أمره زدت قبل قولك: وانعقد عليها هذا النكاح، وقبل ذلك منه المنحول له فلان أو فلانه، فإن سقط ذكر القبول لم يضر إذ إشهاده بما فى الكتاب متضمن للقبول، وقيل: تبطل النحلة إلا أن يثبت أنه اعتمرها وقبضها فى صحة الناحل، وإذا انعقد النكاح على هذه النحلة لم تفتقر إلى حيازة وقيل: لابد فيها من الحيازة وبالأول العمل لأنها لما انعقد النكاح عليها صارت بمنزلة البيع، وإذا كان المنحول دنانير عن شوار أو غيره قلت ما نصه: ونحل الزوجة والدها فى عقدة هذا النكاح ومن أجله كذا وكذا دنانير من دنانير كذا الجارية بموضع كذا عن شوار أو عن دار نحلة صحيحة صرمها من ماله، وأبانها عن ملكه وصير بها الدنانير المذكورة دينا حالا لها ولا براءة له منها إلا بما تبرأ به الذمم شرعاً، وانعقد عليها هذا النكاح، وتم بسببها، وإن سقط من الوثيقة أن هذه النحلة انعقد عليها النكاح، وكانت النحلة منصوصة فى الصداق فقال ابن رشد: إنها لا تفتقر إلى حيازة وكونها فى العقد منصوصة يقتضى أن النكاح انعقد عليها، وقال غيره: إنها تفتقر إلى الحيازة إن سقط الفصل المذكور، وفى كتاب « الاستغناء»، فإن نحل الرجل ابنه الكبير نحلة فى عقد نكاحه ونحل معه ابناً له صغيراً أملاكاً مشاعة ثم مات الأب قبل بلوغ الصغير نفذ ذلك لهما إن حازها الكبير وإن لم يحزها حاز نصيب الكبير الذى انعقد عليه النكاح، وبطل نصيب الصغير وقسم بينهما، قال المشاور: وأحب إلى أن ينفذ جميع ذلك لأن عقد النكاح فى بعضه كالحيازة لجميعها

للاختلاف فى ذلك كمن تصدق على كبير وصغير ولا شفعة فى هذه النحلة على مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- وإن كان النكاح انعقد عليها، واختلف فى ذلك الشيوخ -رحمهم الله تعالى- وهى بمنزلة الهبة والصدقة لا شفعة فيها، وقد روى ابن عبد الحكم عن مالك: أن فيها الشفعة، وقال به بعض الشيوخ فى النحلة على رواية ابن عبد الحكم فى الهبة، وليس عليه العمل فإن طلق الزوج زوجته قبل البناء فالنحلة جائزة للمنحول له نافذة، وإن فسخ هذا النكاح قبل البناء لفساد فيه ففى ذلك قولان أحدهما: أن النحلة تبطل وتعود إلى الناحل؛ قاله ابن العطار والثاني: أنها لا تبطل وهى نافذة جائزة كالطلاق وإن كان الفسخ بعد البناء فالنحلة نافذة باتفاق.

وسئل ابن رشد فى امرأة نحلت بنتها فى عقد نكاحها بمال فلما أبرزته قام الزوج يطلبها بميراث الابنة فى أبيها إذ كان بيدها، وقال لها: النحلة عطية وهى غير ما استقر لها عندك، وقالت المرأة: إنما أردت بالنحلة ميراثها وغيره هل تعذر المرأة فى ذلك بجهل أم لا؟ فاختلف الشيوخ هنا، فأفتى بعضهم بإلزامها المالين ولم يعذرها، وبعضهم مال إلى عذرها فى ذلك إذ لا يعرف معنى النحلة إلا القليل وحكم القاضى أبو محمد بن منصور فيها بعذرها وأحلف المرأة أنها ما أرادت بالنحلة سوى ميراثها وغيره فأجابها القاضى أبو الوليد: ما حكم به القاضى أبو محمد صحيح عندي، وبه أقول، فأنفذ ذلك موفقاً إن شاء الله تعالى وإن سمي الرجل لوليته فى عقد نكاحها شيئاً قلت ما نصه: واعترف فلان أن للزوجة فلانة مالا وملكاً جميع الدار الكائنة بكذا حدودها كذا أو الفدان الكائن بكذا حدوده كذا أو شوار قيمته كذا اعترافاً تاماً انعقد عليه هذا النكاح

وتم سببه، قال ابن رشد: وإن سمى لها شيئاً من ماله عرضاً أو أصلا فى عقد النكاح بشرط أو بغير شرط فقال لها: دارى الفلانية أو عبدى الفلانى كان ذلك نحلة من قبله، وإن قال لها الدار الفلانية أو المملوك المسمى بفلان فقيل: يكون ذلك نحلة لها بمنزلة قوله: لها دارى الفلانية أو عبدى الفلاني، وهو قول ابن القاسم فى رواية يحيى، وإليه ذهب ابن حبيب، وقيل: لا يجب لها بهذا القول شيء، وهو قول أصبغ فإن سمى لها دنانير أو دراهم أو طعاماً أو عروضاً موصوفة فقال: لها كذا وكذا وسكت أو قال: فى مالى أو على أو قبلى أو عندى فاختلف فى ذلك على ثلاثة أقوال أحدها: أنه لا يلزمه من ذلك شيء، وهو قول أصبغ إلا أن يرى أنه أراد بذلك العطية، والثانى: إن قال فى مالى أو عندى أو على أو قبلى لزمه ذلك نحلة، وتؤخذ منه عاش أو مات وإن لم يقل إلا لها كذا وسكت لم يلزمه إلا أن يكون أباً أو وصياً وهو قول ابن حبيب، والثالث أنه إن قال: لها فى مالى كان ذلك فى ماله إن كان له مال، وإن لم يكن له مال لم يتبع بذلك، وإن قال: لها عندى فهى عنده لا يلزمه إخراج ذلك إلا أن يطوع به كان له مال أو لم يكن، وإن قال: لها على أو قبلى فهو لازم له إن كان له مال ودين يتبع به فى ذمته إن لم يكن له مال، وإن قال لها كذا وكذا ولم يزد على ذلك لم يلزمه شيء، وهو قول ابن القاسم فى رواية يحيى، فإن تبين كذب الولى فيما لا يلزمه من ذلك فإن كان وصفاً وصف به الزوجة من غير شرط، فقيل: لا يكون للزوج فى ذلك كلام إذ ترك أن يستخبر لنفسه ويستوثق، وقيل: لأن ذلك إن كان قبل البناء خير بين أن يحل النكاح عن نفسه ولا يكون عليه شيء من الصداق وبين أن يدخل ويلزمه الصداق كاملاً، وإن

كان بعد البناء ردت الزوجة إلى صداق مثلها، وإن كان ذلك شرطاً شرطه فى عقد نكاحها أو عندما خطبها إليه، فإن كان ذلك قبل البناء خير الزوج بين أن يفسخ النكاح ولا يلزمه من الصداق شيء وبين أن يدخل ويلزمه الصداق كاملاً، وإن كان بعد البناء ردت الزوجة إلى صداق المثل، ويرجع الزوج بما بين صداق المثل وما سمي لها على الولى الذى غره بكراً كانت الزوجة أو ثيباً إلا أن تكون مالكة لنفسها وعلمت هي بذلك فيكون الرجوع عليها، وكذلك النحلة إذا استحقت بأن يكون الناحل قد حبسها قبل ذلك أو بغير ذلك الحكم فيها كما تقدم قبل هذا وللزوج الرجوع على من غرَّه، وكذلك إذا ادعى الزوج على الولى أنه شرط لوليته عروضاً أو عطايا سماها أو نحلة نحلها، وأنكر ذلك الولى فإن اليمين تجب على الولى للزوج فإن نكل الولى حلف الزوج، ورجع عليه بما بين صداق مثلها وما سمى لها، وأما إن كانت النحلة للزوج ففى كتاب «الاستغناء»: إن عقدت الزوجة نكاحها مع الزوج على نحلة نحله أبوه بشرط به تم النكاح ثم أراد الزوج الصدقة بها أو الهبة أو أن يصرفها إلى أبيه لم يكن للزوجة متعة من ذلك بشرطها ومخافة إفلاسه وفقره إلا أن يكون لها عليه دين من مهراً وغيره، وإن عجز عن النفقة كما ذكرت الزوجة طلقت عليه بعد التلوم، قال المازري: وإن أرفع الزوج للزوجة فى صداقها ليسارها، ولأنها تسوق إلى بيته من الجهاز ما جرت عادة أمثالها به وجاء الأمر بخلافه أن للزوج مقالاً فى ذلك، ويحط من الصداق الزيادة التى زادها الأجل الجهاز على الأصح عندنا، وهو دليل ظاهر قوله عليه الصلاة والسلام: «تنكح المرأة لمالها ولحسبها ولجمالها

ولدينها»[1]، وقال غيره: إن ساق الزوج لزوجته سياقة وجرى عرف البلد بإبراز شورة لمن ساق سياقه ثم لم يبرز إليه عند البناء شيء كان للزوج أن يحل النكاح عن نفسه إن شاء، وأجاب ابن رشد فى نحو هذا: إذا أبى الأب أن يجهز ابنته إلى زوجها بما جرى العرف والعادة أن يجهز به مثلها إلى مثله على ما نقدها وساق إليها كان بالخيار بين أن يلتزم النكاح أو يرده عن نفسه، ويسترد ما نقد ويسقط عنه ما أكلا وساق، وأما إن توفيت قبل البناء وأبى الأب أن يبرز لها من ماله ما يكون ميراثاً عنها على القدر الذى يجهز به مثلها إلى مثله فلا يلزم الزوج الإصداق مثلها على أن لا يكون جهازها إلا نقدها قال: وكذلك إن كانت حية كان الزوج قد ساق لها سياقة وأعطاها حقوقاً وجهزها الوالد بما يجهز به مثلها إلى مثله ثم ادعى فى ذلك العارية وأراد أخذه فليس للأب أن يسترد ما أبرزها به إلى زوجها من الحلى والثياب ولا يصدق فيما ادعاه من أنه إنما أبرز ذلك إليها على سبيل العارية منه لها، وبالله التوفيق.

فصل في الشروط

وهى محمولة أبداً فى النكاح على الطوع حتى يثبت خلافه: قاله ابن العطار، وقيل: هى محمولة على الشرط، حكاه ابن فتحون قال: وهو الصواب قياساً على البيع وكره مالك -رحمه الله تعالى- الشروط فى النكاح وأن يشهد فى كتاب فيه شروط إلا أنه قال: إذا نزل النكاح بها جاز، ولم يفسخ، ومن أهل العلم من قال: إن النكاح بها يفسخ على كل حال، وقال القاضى أبو الوليد بن

---

(1) رواه البخارى بلفظ: ((تنكح المرأة لأربع.....)).

رشد: الشروط فى النكاح على مذهب مالك تنقسم على قسمين: قسم لا يفسد به النكاح، وقسم يفسد به النكاح، فأما الذى يفسد به النكاح فمثل أن يتزوجها على أن لا ميراث بينهما أو على أن الطلاق بيدها أو على أن لا نفقة لها وما أشبه ذلك مما هو مناف لمقصود العقد ومخالف سنته، فالنكاح بها فاسد يفسخ على كل حال، وأما مالا يفسد بها النكاح فمثل أن يتزوجها على أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى معها ولا يخرجها من البلد وما أشبه ذلك، فلا يخلو أن تكون مطلقة أو مقيدة فإن كانت مطلقة غير مقيدة استحب للزوج الوفاء بها لقوله ﷺ: «**أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج**»[1] ولم يلزمه، وذهبت جماعة من العلماء إلى أنها واجبة ويقضى بها كابن شهاب وغيره، روى عنه أنه قال: كان من أدركت من العلماء يقضون بها للحديث المذكور، وإن كانت مقيدة بتمليك أو طلاق أو عتق فهى لازمة والنكاح جائز، وقيل: إن النكاح فاسد ويفسخ بها قبل الدخول ويثبت بعده، ويكون للمرأة صداق مثلها، وهو قول سحنون، وللخروج من هذا الخلاف يفقد فى الصدقات على الطوع فتقول بعد ذلك بعد الاستئمار ما نصه: والتزم الزوج لزوجته المذكورة شروطاً طاع لها بها بعد أن ملك عصمتها وكمل عقد النكاح بينهما استئلافا لمسرتها وتقمنا لمودتها، وهى أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى معها ولا يتخذ أم ولد وإن شئت قلت: وطاع الزوج لزوجته المذكورة بعد كمال هذا العقد، وتمامه أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى معها ولا يتخذ أم ولد، ومتى فعل شيئاً من ذلك فقد جعل أمر الداخلة بيد هذه تطلقها عليه بأن الطلاق شاءت أو فتجعل أمرها

---

(1) الحديث رواه مسلم فى صحيحه بلفظ: ((إن أحق الشروط.....)).

بيدها فى طلقة واحدة مملكة والسرية وأم الولد حرتان لله تعالى، وإن شئت قلت فى السرية: فقد جعل أمرها بيدها إن شاءت أعتقتها، وإن شاءت باعت وأن لا يغيب عليها غيبة متصلة قريبة أو بعيدة طائعاً أو مكرهاً أكثر من كذا، فإن زاد على ذلك فقد جعل أمرها بيدها ولا يضر بها فى نفسها، ولا فى شيء من مالها فإن أضر بها فى شيء من ذلك فقد جعل أمرها بيدها، وأن لا يرحلها من موضع كذا إلى غيره إلا بإذنها فإن رحلها مكرهة فأمرها بيدها، وأن لا يمنعها من زيارة أهلها من النساء وذوى المحارم من الرجال، ولا يمنعهم من زيارتها فيما يحسن ويجمل من التزاور بين الأهلين والقرابات، فإن فعل شيئاً من ذلك فأمرها بيدها فأما شرط التزوج والتسرى فنص ابن فتحون على أنه إن سقط من العقد لفظ عليها أو معها فى قوله: ولا يتزوج عليها ولا يتسرى معها فإنه لا يلزمه شيء ويكون كمن عمم فقال: كل امرأة أتزوجها طالق، وكذلك إن قال، فإن فعل ذلك وأسقط شيئاً يدخله الخلاف فقد أفتى فيها ابن العطار أنه إن فعل بعض ذلك لم يلزمه حتى يفعل ذلك كله، وقال غيره: لها القيام وإن لم يقل شيئاً وهذا كان يفتى ابن لبابة وغيره فإن تزوج عليها ثم طلقها فهل يسقط ما كان بيدها من طلاق الداخلة عليها أم لا؟ فى ذلك قولان أحدهما: أن ذلك بيدها، وهو قول ابن القاسم، والثانى: أن ذلك ليس لها بعد الطلاق، وهو قول ابن الماجشون فى الثانية وإن كان فى الشرط أن الداخلة عليها طالق فتزوج امرأة فطلقت عليه ثم تزوجها ثانية بعد انقضاء عدتها فإن اليمين تتكرر عليه ويلزمه الطلاق فيها كلما تزوج عليها، واختلف قول ابن القاسم إن كانت امرأة معينة مثل أن يقول: إن تزوجت عليك فلانه هل تتكرر عليه اليمين أو لا؛ قاله ابن رشد فى

«الوثائق المجموعة»، وإن شرط لأمر أن لا يتزوج عليها فإن تزوج فأمر المتزوجة بيدها فتزوج عليها فمكثت شهراً وأقل من ذلك، لا تقضى شيئاً فإن كانت قد أشهدت أن ذلك بيدها تنظر فيه كانت على شرطها ما لم يدخل بها فإن دخل بها و لم تشهد أن ذلك بيدها بطل شرطها إلا أن تدعى أنها لم تعلم بنكاحه فالقول قولها حتى يثبت الزوج أنها علمت، وإن كان فى الشرط أن الداخلة عليها طالق بالثلاث فتزوج عليها ثم مات فقال عيسى عن ابن القاسم: ترثه الداخلة عليها علمها الشهود أم لم يعلموا، وقال سحنون: لا ترثه لأنها طلقت عليه حين العقد قال فى «الاستغناء»: فإن جعل أمر زوجه بيدها إن تزوج عليها فتزوج عليها و لم تعلم هى بذلك حتى ماتت الداخلة أو طلقها فإن لها أن تقضى فى نفسها لأن ذلك حق قد وجب لها بتزويجه عليها فلا يسقطه طلاق الداخلة عليها ولا موتها، فإن شرط أبو الزوجة على صهره أن لا يتزوج عليها فإن فعل فأمرها بيد أبيها، فإن فعل ذلك الزوج وأراد الأب أن يفرق وأرادت البنت البقاء فالاختيار فى ذلك للأب إلا أن يرى السلطان فى ذلك أن الفراق ليس بنظر للبنت فيمنعه، وينظر فى ذلك، فإن كان الزوج جعل ذلك بيد أبيها من غير أن يشترط ذلك عليه الوالد فإن القول فى ذلك قول البنت، ويمنع أبوها من الفراق، وإن أحبت هى البقاء بخلاف الأول لأنه حق الأب لا يخرج من يده إلا بنظر السلطان، والتسرى هو الوطء، وقال ابن كنانة وابن نافع: التسرى هو الاتخاذ فمن وطئ جارية لا يريد اتخاذها فلا شيء عليه وروى يحيى عن ابن القاسم أنه لا بأس أن يقبل ويباشر ويتلذذ بالجارية، فإن زنى بامرأة فلها أن تأخذ بشرطها لأنها إنما شرطت عليه أن لا يجامع معها امرأة سراً، فإن تزوج

عليها وقد اشترط عليها التسرى فلا يمنع من ذلك، وما جعل لها من البيع فى السرية غير لازم لأنها بمنزلة الوكيل بعزلها عن ذلك متى شاء، وقيل: ليس له عزلها، وكذا إن قال لها أن تدبرها عليه أو صدقة، إن فعل أمر بالصدقة و لم يقض عليه بها، وأما شرط المغيب فجرت العادة بتحديده لستة أشهر لما روى من أن عمر بن الخطاب -رضى الله تعالى عنه- سأل ابنته حفصة عن أقصى ما تصبر المرأة فيه عن زوجها فقالت له: ستة أشهر فكان لا يبعث البعث إلا لستة أشهر فدون ذلك نظراً لأهل البعوث ونسائهم، وقولنا فيه: قريبة أو بعيدة ليكون لها الأخذ بشرطها على كل حال، فإن سقط ذلك لم يكن لها الأخذ بشرطها فى القرب، ويكتب له السلطان إما أن يقدم أو يقضى عليه، والقريبة هى أن يكون على نحو البريد أو اليوم أو اليومين، قال ابن مغيث: وإن كان عمله فى عمل سلطان آخر فحكمه حكم البعيد، ولها الأخذ بشرطها، وإن كان على نحو البريد، وقولنا: طائعاً أو مكرها ليرتفع الخلاف بذلك، ويكون لها الأخذ بشرطها على كل حال إذ قال بعض العلماء: إنه إن غاب مكرها لم يكن لها الأخذ بشرطها إلا أن تشترط ذلك.

ويكتب فى ذلك إذا ذهبت المرأة إلى الأخذ بشرطها: عقد يعرف شهوده الزوجين فلاناً وفلانة، ويعلمون أن الزوج فلاناً غاب عن زوجته فلانة المذكورة بحيث لا يعلم أو بموضع كذا منذ كذا غيبة متصلة حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا فإن ثبت هذا وثبت كتاب الصادق المقيد فيه الشرط يكتب بأسفله رسم اليمين، **ونصه:** حلفت بإذن من وجب فلانة الزوجة المذكورة أعلاه بحيث يجب، وكما يجب يميناً قال فيها بالله الذى لا إله إلا هو لقد غاب

عنى زوجى فلان الغيبة المشهود بها أعلاه، وما رجع من غيبته سراً ولا جهراً، ولا أذنت له فى سفره ولا أسقطت عنه حكم ما شرط لى من المغيب ولا سقط لى بوجه ولا كان سكوتى بعد انقضاء مدة المغيب وتلومى إسقاطاً لحقى فى ذلك، ومن حضر اليمين واستوعبها من الحالفة وعرفها وبحال الصحة والجوار قيد على ذلك شهادته فى كذا، وأشهدته الحالفة بعد تمام يمينها، وأنها أوقعت على نفسها طلقة واحدة ملكت بها أمر نفسها بما جعل لها زوجها المذكور فى كتاب صداقها المقيد هذا فيه فى التاريخ فإن كتبت فى الوثيقة التى فيها الشرط ولها التلوم عليه ما أحبت كان لها ذلك فى المغيب خاصة، وقضى لها به، ولا يتصور ذلك فى غيره من الشروط، ولا يجوز لأن المرأة إذا وطئت بطل شرطها فى الضرر وغيره إلا أن تقوم بضرر آخر أو أمر آخر، قاله فى كتاب «الاستغناء»، قال ابن رشد: وإذا كان التمليك للمرأة على شرط ففيه ثلاثة أقوال: أحدها: أن لها أن تقضى وإن طال الأمر ما لم يرفع إلى السلطان وتوقف، وهو قول ابن المواز، والثانى: أنها إنما تقضى بالمجلس الذى وجب لها فيه القضاء فإن انقضى المجلس و لم تقض فلا قضاء لها، وهو قول أشهب وابن وهب وقول ابن القاسم فى سماع عيسى، والثالث: أن لها أن تقضى فى المغيب فى الشهر والشهرين وفى الحضور يكون لها القضاء وإن طال الأمر ما لم توقف لأن امتناعها منه دليل على أنها على اختيارها بخلاف الغيبة إذ لا دليل فيها على أنها على اختيارها، فإن زادت على الشهرين فى المغيب سقط خيارها إلا أن تشهد أن ذلك بيدها تنظر فيه، وإن طال الأمر فذلك لها، قال: والقول بأن ذلك لها فى الشهر والشهرين هو قول مالك لم يختلف فى ذلك قوله إلا فى غياب اليمين عليها أنها إنما أقامت

منتظرة ولم تترك حقها فأوجب ذلك عليها مرة ولم يوجبها أخرى، والقول بأن ذلك لها فى غير المغيب وإن طال الأمر مالم توقف هو المشهور من قول ابن القاسم وروايته عن مالك -رحمه الله تعالى- وسئل -رحمه الله تعالى- فمن شرط لزوجته أن لا يغيب عنها مدة فإن زاد فأمرها بيدها ولها التلوم عليه ما أحبت فغاب وتلومت عليه بعد انقضاء المدة ثم قدم فمنعته من الدخول وأرادت الأخذ بشرطها، فأجاب: ما ذهب إليه الشيوخ من أن لها أن تأخذ بشرطها فى ذلك إذا قدم من مغيبه فليس بصحيح لأنه إذا قدم ارتفعت العلة التى من أجلها وجب لها أن يكون أمرها بيدها ولا تشبه هذه المسألة مسألة سماع أصبغ فى «نوازله»: إذا ماتت المرأة التى تزوج عليها أو فارقها قبل أن تعلم فلها أن تأخذ بشرطها لأن القضاء قد وجب لها فى مسألة أصبغ بالتزوج عليها، ولم يجب لها القضاء فى هذه المسألة لانقضاء الأجل إلا مع اتصال المغيب، وإنما تشبه هذه المسألة مسألة الأمة تعتق تحت العبد فلا تختار نفسها حتى يعتق العبد زوجها وقد قالوا فيها: لا خيار لها إذا أعتق زوجها قبل أن تختار كما لا يجب لها خيار إذا عتق زوجها قبل أن تختار لذهاب العلة الموجبة لاختيارها لنفسها وهى رق الزوج، وكذلك لا يجب للزوجة قضاء إذا قدم زوجها قبل أن تقضى لذهاب العلة الموجبة لقضاءها فى نفسها، وهى اتصال مغيب الزوج عنها، وهو نص قول ابن نافع فى «المدونة»: أنه لا قضاء لها إذا قدم زوجها قبل أن تأخذ بشرطها فلا يلتفت إلى ما ذهب إليه الباجى فى «وثائقه»، ومن سواه من المتأخرين لمخالفة أصول المتقدمين على ما بيناه، قال ابن المواز: ومن شرط لامرأته أنه إن غاب عنها سنة أو تزوج عليها فأمرها بيدها فغاب عنها سنة بعد أن دخل بها أو

تزوج عليها فطلقت نفسها ثم قدم في العدة فارتجعها ثم غاب عنها سنة أو تزوج عليها لم يكن لها أن تطلق نفسها ثانية، وهى بمنزلة لو شرط لها إن غاب عنها سنة أو تزوج عليها فهى طالق فطلقت عليه ثم غاب ثانية سنة أخرى أو تزوج عليها فإنه لا شيء عليه إلا أن يكون شرطه لها كلما غاب عنها أو تزوج، وإن شرط لها إن غاب عنها سنة بلا نفقة فأمرها بيدها فغاب عنها سنة فطلقت نفسها ثم قدم الزوج فادعى أنه خلف عندها نفقة لزمة الطلاق إلا أن يقيم بينة أنه خلف عندها نفقة، و لم تلزمه النفقة إلا أن تكون رفعت أمرها إلى السلطان. قال ابن القاسم في «المجموعة»: وإذا طلقت نفسها بالشرط في المغيب واعتدت وتزوجت ثم قدم زوجها وقامت له بينة أنه قدم قبل مدة المغيب فإنها ترد إليه وإن كان قد دخل بها الثاني، وكذلك إن شرط إن لم يبعث لها بالنفقة فأمرها بيدها فطلقت نفسها بعد أن رفعت أمرها إلى الحاكم وزعمت أنه لم يبعث لها شيئاً ثم قدم، وأقام البينة أنه كان يبعث إليها بالنفقة سقط التمليك ونزعت من الزوج الآخر وإن كان قد دخل بها لأن هذا تعد من المرأة كالتى ارتجعها زوجها وعلمت ثم تزوجت، فإن أثبت أنه كان يبعث بالنفقة وأمسكها المبعوث معه و لم يعلمها كان الطلاق ماضياً بخلاف من أثبت ديناً على غائب فبيعت داره ثم قدم فأثبت أنه كان قضاه لم يرد البيع، وإن كان ذلك تعدياً لأن التعدى فيها على الذمة والتعدى في الزوجة على عينها فأشبه ما غصبت عينه ثم بيع بيعات فإن ذلك لا يقطع حق صاحبه، فإن غاب الزوج وذهبت المرأة إلى الأخذ بشرطها فيثبت الصداق الذى فيه الشرط.

ويكتب في المغيب: عقد يعرف شهوده فلاناً الزوج المذكور في الكتاب أو فوقه، ويعلمون أنه غاب عن زوجته المذكورة فيه منذ كذا وكذا بحيث لا يعلم، ولم يرجع من مغيبه في علمهم حتى الآن، ويعرفون الزوجة، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، فإذا ثبت هذا، فتكتب رسم اليمين: حلف عن إذن قاضي الجماعة فلان فلانة الزوجة المذكورة في كذا بحيث يجب كما يجب يميناً قالت فيها: بالله الذي لا إله إلا هو لقد غاب عني زوجي الغيبة المشهود بها في رسم كذا، ولا رجع من مغيبه سراً ولا جهراً، ولا أسقطت عنه حكم الطوع المقيد في كذا، ولا سقط لي بوجه، ولا أذنت له في سفره، ولا كان سكوتي بعد انقضاء مدة المغيب وتلومي عليه إسقاطاً مني لحقي في ذلك، ومن حضر اليمين المنصوصة واستوعبها من الحالفة عن الإذن المذكور وعرفها وأشهدته بإيقاعها على نفسها طلقة واحدة قيد شهادته في كذا، وأما شرط الضرر فالأحسن أن يقال فيه: فإن فعل شيئاً من ذلك؛ لأنه إن قال: فعل ذلك، وثبت إذايتها في مالها دون نفسها أو العكس، ففي ذلك قولان:

أحدهما: أنه ليس لها الأخذ بشرطها، حتى تثبت الضرر في الوجهين، والثاني: أن لها الأخذ بشرطها فإن قالت شيئاً من ذلك ارتفع الخلاف، وكان لها الأخذ بشرطها فإن التزم لها التصديق في الضرر بغير عين، فقال ابن رشد: اختلف في ذلك فروى عن سحنون أنه قال أخاف أن ينفسخ النكاح قبل البناء، فإن دخل بها فلا يقبل قولها إلا بينة على الضرر، وحكى عن ابن دحون أنه كان يفتي بأن ذلك لا يلزم ولا يجوز إلا ببينة ثم قال: ولا اختلاف أنه إذا لم يكن ذلك مشترطاً في أصل العقد أنه جائز نافذ، وفي «الاستغناء»: إن أرادت ترك اليمين

وأن يجعلها مصدقة بغير يمين تلزمها لم يجز فى المغيب، وجاز فى الرحيل والضرر والزيارة، وتقول وهى مصدقة فيما ادعته من الضرر فى نفسها أو فى الرحيل أو فى الزيارة بغير عين تلزمها، والظاهر من «وثائق ابن فتحون»: أن التصديق فى المغيب دون يمين جائز عامل خلاف ما ذكر فى «الاستغناء»، وإذا لم يثبت الضرر ودعت الزوجة إلى تحليفه فقال ابن فتحون فى وثائقه: إنه لا يحاف بدعواها إذا أنكر، وقال ابن الهندي: إذا قالت شرطت عليه الاتفاق وعلى بنيها وأنكر هو فإنه يحلف، وهى على شرطها أبداً فى الضرر، وإن طال الأمد على المشهور من مذهب ابن القاسم إلا أن تمكنه من نفسها فيتلذذ بها أو يطأها، فإن أقرت بالتمكين وادعت الإكراه حلف هو وسقط قيامها وله رد اليمين عليها، فإن حلفت أخذت بشرطها وسأل ابن حبيب سحنوناً عمن شرط لامرأته فى كتابها إن أضر بها فأمرها بيدها فتأتى فتذكر أنه ضر بها هل ذلك من الضرر؟ فقال: إن كان مثله ممن يؤدب امرأته -يريد وهو مأمون على ذلك- فليس ذلك من الضرر وهو مصدق أنه ضربها لذنب كان منها وعليها البينة أنه ضربها ظالماً ثم يكون لها الخيار، وإن كان مثله لا يؤدب أهله ولا يعنى بها لرداءة حاله وقلة عنايته بأمرها فعليه البينة أن ضربه لها كان عن ذنب منها مستوجب به ذلك، وإلا فهى مصدقة أنه ضربها ظالماً، ويكون مضرا إن أقر بالضرب، وإن جحد الضرب فى الوجهين فقامت عليه البينة بالضرب فيجحده فيصير ضربه ضرراً فى الوجهين، ولها الخيار ولا يقبل منه أنه لذنب، وإن كان مثله ممن يؤدب أهله لأنه بجحوده خرج عن التصديق، وقال غيره: إن أتت وبها من الضرب آثار قبيحة وأمر مشتهر مستنكر، وقالت: إن زوجها فعل ذلك بها وقامت بشرطها ولم يسمع لزوجها شكاية لغيره أنه فعل ذلك بها وكان ممن لا يؤمن حاله حلفت أنه

من فعله وتأخذ بشرطها، وإذا كتبت فى الطوع فأمرها بيدها فقط، فإن كان شرطاً فى الصداق فلها أن تطلق نفسها أن لا يرحلها إلا بإذنها أن له أن يرحل بها حيث شاء قرب أو بعد إذا كان مأموناً عليها، وحسن الصحبة لها، وإن كانت حالة على خلاف ذلك فليس له أن يرحل بها ولا ينقلها، قال ابن رشد: وهو محمول على أنه حسن الصحبة حتى يتبين خلافه والعبد فى ذلك بخلاف الحر ليس له أن ينقلها بوجه، وليس للزوج أن يرحل بزوجته من موضع سكناها إذا شرطت ذلك عليه، وإن كانت بموضعها فتنة، وقيل: ما لم يكن خوفاً بيّناً، قاله فى «الاستغناء»، وإن أراد أن يكترى لها دارا لسكناها وأرادت هى السكنى فى دارها بمثل ما يكترى لها أو دون ذلك فله ذلك، قاله فى «الاستغناء» أيضاً فإن نقلها ثم أراد ارتجاعها فعليه مؤنتها ذاهبة وراجعة فى قول ابن القاسم، وقيل: ليس عليه مؤنة رجوعها، وقال أبو عمران الفاسي: إذا نقلها إلى موضع ثم طلقها فيه فعليه مؤنة رجوعها لأنها إنما رحلت بسببه وكذلك إن طلقت نفسها بشرطها فعليه مؤنة ارتجاعها، حكاه ابن العطار، وذكره عنه ابن فتحون، وقال: لا أعلم أحداً قاله، فإن حالت بينه وبين الموضع الذى رحلها منه فتن ومخافة أو كان بينهما بحر وأظل فصل الشتاء، وامتنع الناس من ركوبه فأرادت الأخذ بشرطها، فقال ابن فتحون: لا أعلم لأحد من أهل العلم فى ذلك قولاً، وعندى أن ذلك لا يجوز لها لأنها رحلت معه برضاها وصرفها عذر مانع فإن أخذت بشرطها فقد أساءت، وينفذ قضاؤها عندى لأنه وجه لا شرط، والطلاق أولى ما احتيط له، وعلى الحاكم أن يمنعها من القضاء قبل ذلك حتى يزول المانع.

ومن تزوج امرأة ثم أسكنها مع أبيه وأهله فشكت الضرر لم يكن له أن يسكنها معهم، وإن احتج أن أباه أعمى نظر فى ذلك فإن رؤى ضرر منع، قال

ابن الماجشون: رب امرأة لا يكون لها ذلك تكون وضيعة القدر وذات صداق يسير وفى المنزل سعة، فأما ذات القدر واليسر فلابد له أن يعزلها، وإن حلف على ذلك حنث.

وليس للزوج أن يسكن أولاده من امرأة أخرى مع زوجته فى بيت واحد ولا مسكن واحد يجمعهم إلا أن ترضى بذلك؛ قاله فى سماع ابن القاسم، وقال ابن زرب: إذا تزوج رجل امرأة ولأحدهما ولد صغير فأراد إمساكه معه بعد البناء فإن كان له من أهله من يحضنه ويكفله أجبر على ذلك، وإن لم يكن له ذلك لم يكلف إخراجه وأجبر من أبى منهما على البقاء معه، ولو وقع البناء والصبى مع أمه أو أبيه ثم أراد إخراج الربيب أو الربيبة بعد ذلك لم يكن ذلك لواحد منهما لدخوله عليه، فإن اشترط حضانته فى كتاب الصداق.

قلت ما نصه: وتطوع الزوج بحضانة ابن الزوجة من غيره المسمى بفلان أو تطوعت الزوجة بحضانة ابن الزوج أو ابنته من غيرها مدة الزوجية بينهما إلى سقوط ذلك شرعاً، فإن التزم الزوج مع ذلك إجراء النفقة على الابن قلت: وتطوع الزوج بحضانة ابن الزوجة من غيره فلان وإجراء النفقة عليه من ماله بطول الزوجية بينهما إلى سقوط ذلك شرعاً، وذلك لازم للزوج لأنه معروف التزمه فإن مات المتطوع سقط التطوع، وإن كان لمدة معلومة وبقى من المدة شيء لأنها هبة لم تقبض ولا يرجع الزوج بشيء منها لأنه معروف منه وصله للربيبة ولم تترك الأم من حقها على ذلك شيئاً، وقع ذلك للشيوخ فأجمعوا عليه، وسواء كان طوعاً أو شرطاً قال بعضهم: وإن كان الطوع مدة الزوجية فإنما يلزم الإنفاق على الربيب ما دام صغيراً لا يقدر على الكسب، وأما شرط الزيارة

فإذا منعها من الخروج كان لها الأخذ بشرطها وإذا لم تشترط عليه ذلك فلها زيارة ذوى محارمها من أهلها بالمعروف، ويقضى عليه بذلك، وأما شهود الجنائز واللعب فلا يقضى عليه بذلك قال ابن حبيب: لا يحل لذات الزوج الخروج بغير إذن زوجها إلى بيت أبويها ولا إلى سواه، وينبغى لزوجها أن لا يمنعها من الخروج إلى أبويها، ولا يمنعها من الدخول إليها، فإن زعم أنه لا يحل خروجها ولم يرد بذلك ضرراً لم يحكم السلطان عليه بذلك، وليس له منعهما من الدخول إليها، فإن منعهما من الدخول إليها قضى عليه به، ولم يقض عليه بالخروج، وكذلك إن كان حلف عليهما معاً قضى عليه بالدخول وحنث فيه، قال ابن مغيث: فإن منع أهلها من الدخول لداره لزيارتها من غير مرض قيل لهم: اجتمعوا معها عند باب الدار،

وفى «الاستغناء»: إن شكا ضرر أبويها فإن كانا صالحين لم يمنعا من زيارتها والدخول إليها، وإن كانا مسيئين واتهما بإفسادها زاراها فى كل جمعة مرة بأمينة تحضر معهم.

وفى «العتبية»: ليس للزوج أن يمنع زوجته من الخروج إلى أبيها وأخيها ويقضى عليه بذلك خلاف ما ذهب إليه ابن حبيب، وأنه يقضى عليه بأحد الوجهين، قال ابن رشد: وهذا الخلاف إنما هو للشابة المأمونة فى نفسها، وأما المتجالة فلا خلاف أنه يقضى لها بالخروج إلى زيارة أبيها وأخيها، وأما الشابة غير المأمونة فلا يقضى لها بالخروج إلى ذلك، والشابة محمولة على أنها مأمونة حتى يثبت خلافه ويلزم الرجل أن يأذن لامرأته فى أن يدخل عليها ذوات رحمها

من النساء، ولا يكون ذلك فى الرجال إلا فى ذوى المحرم منها خاصة، وقال ابن رشد فى الحاضنة إذا لم تكن قريبة: إن لها الزيارة بحكم الشرط، وأنها كالقريبة لأن القصد إنما هو أن لا يحول بين الزوجة وبين من تأنس بها، وترجو الانتفاع بها، والصهر فى ذلك بمنزلة ذوى المحارم من أن تدخل على نفسها من يشهد عليها فى شهادة لم يكن للزوج منعها، ولا لها أن تدخل أحداً بغير إذن زوجها.

شرط الإخدام: ينبغى أن يكون عقده على الطوع لأنه إن كان شرطاً فى النكاح فسخ به قبل البناء، ويثبت بعده بصداق المثل، ويسقط الشرط.

فتقول ما نصه: وعلم الزوج أن زوجته هذه ممن لا تخدم نفسها حالها ومنصبها فتطوع بإخدامها، وإجراء النفقة والكسوة والمؤنة كلها على من يخدمها من ماله بطول الزوجية بينهما واعترف أنه قادر على ذلك وماله يتسع له فإن لم تشترط ذلك الزوجة على زوجها فلا يلزمه إخدامها إلا أن يكون من أهل اليسار والزوجة من ذوات الحال وممن لا تخدم نفسها فيلزمه إخدامها بخادمٍ يشتريها أو حرة يستأجرها، فإن تنازعا فى ذلك فعلى الزوج البينة أنه ممن ليس عليه إخدام بالنفقة والكسوة، وقيل: البينة على المرأة.

وفى «الاستغناء»: يلزم الزوج نفقة من يخدم زوجته إذا أتت الزوجة بها وليس على الزوج أن يأتى بمن يخدمها، وقيل: يلزم الزوج أن يأتى بمن يخدمها وعاب القول الأول ولم يره شيئاً وقال مالك: إذا قال الزوج أنا أدفع لها خادماً ولا أنفق على خادمها فطلبت هى خادمها فذلك لها لأنها أرفق بها، وينفق عليها وإن لم تخدمه، وإن تشكى الزوج من خادمٍ زوجته وادعى أنها تفسد عليه زوجته لم

يكن له زوالها إلا أن يثبت البينة على قوله أو أن يعرف ذلك جيرانه. قال ابن القاسم: ليس على المرأة من خدمة نفسها قليل ولا كثير إذا كان زوجها ملياً، وقال ابن الماجشون وأصبغ: إذا كانت ذات قدر فى نفسها وصداقها فلا خدمة عليها من غزل ولا طبخ ولا عجن ولا كنس ولا غيره، وعليه أن يخدمها إن كان ملياً، وإن كان صداقها لا بال له وليست من ذوات الحال كان عليها الخدمة الباطنة كلها من عجن وكنس وفرش وإسقاء ماء فى الدار، قال ابن لبابة: يلزم ذلك لها وله، ولا يلزم زوجها أن يخدمها وإن كان ملياً، قال بعضهم: وللزوج منع المرأة من النسج والغزل، ولا حق له فيما غزلت ونسجت، وعليها أن تتزين له، ويمنعها من كل ما يؤذيه من الروائح كتنقية الثوم وغيره، ولا يلزمه لها أكثر من نفقة خادم واحد فى رواية ابن القاسم عن مالك. وقال أصبغ عن ابن القاسم: يلزمه نفقة خدمها إذا كانت ذات شرف نفقة الخادمين والثلاثة مع الكسوة، ومن عجز عن الإخدام لا تطلق عليه امرأته، وبه القضاء، وروى عن سحنون: أنها تطلق عليه.

المتعة: إن كانت شرطاً فى النكاح فسد بها النكاح، وإن كانت طوعاً فالأجود أن تكتب فى عقد منفرد، وإن كتبت فى كتاب الصداق قلت ما نصه: وتطوع عن الزوجة والدها أو وليها فلان بعد كمال العقد وتمامه بينهما صحيحاً بإمتاع الزوج بسكنى الدار التى للزوجة بكذا أو باستغلال الموضع أو الأملاك التى للزوجة بكذا والارتفاق بذلك إمتاعاً صحيحاً بطول الزوجية بينهما من غير كراء يلزمه فى ذلك، ولا مثاب، وقبل ذلك الزوج، وتطوع فيه بما عينه العرف والعادة فى الإمتاع بمثل ذلك بموضع كذا ينفق ويؤدى بدوام متعته من

غير رجوع فيه، وإن ضمن الدرك فهو أحسن وأحوط للزوج؛ فتقول: وضمن الممتع كل درك يلحق الزوج المذكور فى ذلك فى ماله وذمته وإن كان شواراً قلت فيه: وتطوع بإمتاعه باستعمال الشوار وامتهان الأسباب مدة الزوجية بينهما وبقاء أعيانها، فإن استغل الزوج مال الزوجة وأزدرعه وانتفع به وهى تحته من غير متعة ثم قامت تطلب الكراء كان لها ذلك، وإن زرعه بأمرها وأكله ولا يعلم هل كان عن طيب نفس منها أم لا ثم طلبته بالكراء كان لها ذلك بعد يمينها أنها لم تهب له ذلك، ولا خرجت عنه.

وسئل بعضهم عن المرأة تعطى زوجها طعاماً أو ذهباً أو ثياباً عن طيب نفس منها إلى أعوام ثم يقع بينهما كلام فتطلب ذلك وتزعم أنه كان سلفا فقال: القول ولها مع يمينها ولها أخذ ذلك. وأما دار الزوجة إذا أسكنها الزوج ثم طلبته بالكراء فاختلف فيها قول مالك –رحمه الله تعالى– فقال مرة: ذلك لها إن كان موسراً، وقال مرة: ليس لها ذلك فيما مضى، وقال ابن القاسم: إذا بنى بها فى دارها ثم طلبته بالكراء فلا شيء لها، يريد لأن العادة أن ذلك على وجه المكارمة، وذكر ابن العطار هذه المسئلة فقال: إذا سكن الرجل دار امرأته فإن كانت مالكة أمرها، فقيل: عليه الكراء، وقيل: لا كراء عليه فيما مضى، ولها الكراء من يوم تطلبه، وإن كانت فى ولاية فلها الكراء من يوم سكن، قال محمد ابن عمر: إنما هو أحد وجهين إما أن يكون الكراء ليس من حق الزوجة فلا يعتبر فى ذلك مالكة أمر نفسها أم مولى عليها، وإما أن يكون من حقها فلا يسقط لمالكة نفسها ولا مولى عليها، وقد اختلفت فى ذلك قوله فى «المدونة»، والصواب وجوب الكراء إذ هو حق لها لم يسقطه كتاب ولا سنة، واختلف إن

كانت الدار مكتراة بيد الزوجة فقال ابن القاسم: لا شيء لها وهى بمنزلة منزلها، وقال غيره: ذلك لها وعليه الأقل مما اكتريت به أو كراه ذلك المسكن، قال بعضهم: والأول أبين إن كانت نقدت وإن لم تنقد كان الأمر مشكلاً وأرى أن يحلفها أنها لم تسكنه إلا أن يكون هو الذى ينقد الكراء، ويكون عليه الأقل من كرائها أو كراء المثل فى ذلك المسكن أو ما يحكم به عليه لها، وإن كان المسكن لأبيها أو لأمها كان كمسكنها لا شيء لها مدة كونها فى العصمة لأن العادة أن ذلك على وجه المكارمة، وقد اختلف إذا طلقها فى دارها التى كان يسكن معها فيها فتبطله لخراج العدة فيها هل يحكم لها أم لا؟ على قولين، والأظهر منهما وجوبها عليه، وسئل ابن رشد فيمن ساق لزوجته مالاً وداراً فاستغل المال وسكن الدار إلى أن مات، فقال: للمرأة أن ترجع فى مال زوجها فيما استغل من ذلك، وأما سكناه فى الدار فلا كراء لها فيها عليه إلا فى المدة التى لم تخرج فيها من الولاية على ما جرى به العمل من أحد قولى ابن القاسم فى «المدونة»، وقال ابن الحاج: إذا تزوج رجل امرأة ولها دار وأباح له والدها وأمها أو وصيها السكنى فيها طول أمد العصمة دون خرج يلزمه والتزم أحدهم ضمان الدرك فى ذلك فى ماله وذمته فتوفى الضامن والزوجان فى قيد الحياة وعصمة النكاح فالواجب أن يوقف من تركته بقدر عمر أقل الزوجين عمراً كمسئلة المخدم والموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر وانظر ذلك فى صدر الوصايا الثانى، ومسائل الخدمة حيث وقعت فى «المدونة» و «العتبية»، قال: وأحسن من هذا أن تلزم المرأة الإباحة، ولا ترجع على الزوج والولى أبداً لأن ذلك عرف جار فإن أمتعت المرأة زوجها فى أرض أو كرم مدة الزوجية بينهما ثم انقضت الزوجية

بموت أحدهما أو بطلاق فإن كان الإمتاع فى أرض وطلق الزوج بعد الحرث وقبل الزراعة فالزوجة مخيرة بين إعطاء قيمة حرثه وأخذ أرضها وبين تركها بيده وأخذ كرائها، وحكم ورثة من مات منهما حكم موروثه إن كان انقضاء الزوجية بينهما بالموت، وإن طلقها بعد ازدراع الأرض فالزرع له، ويلزمه من كراء العام بقدر ما بين وقت الطلاق أو الموت وبين وقت الحصاد تنسب تلك المدة من العام ويؤخذ منه من الكراء على قدر تلك النسبة وحكم ورثته حكمه فى ذلك كله، وإن كان انقضاء الزوجية بموت الزوجة فيلزمه من الكراء على قدرتلك النسبة لكن يسقط عنه مقدار حظه إذ هو من الورثة، ويؤخذ بالكراء على النسبة المذكورة فى حظوظ الورثة لا غير، وهذا هو القول الجارى على القياس، وقد قيل: إن الزرع للزوج ولا كراء عليه حملاً على ما قيل فى الحبس والعمرى، وقد قيل: إن كان إبان الزراعة باقياً فعليه كراء الأرض كاملاً، وإن كان قد فات فلا شيء عليه حملاً على الاستحقاق، وإن انقضت الزوجية بعد الحصاد فلا خلاف أن ذلك للزوج أو لورثته من غير شيء يلزمه، وإن كان الإمتاع فى كرم فإن انقضت الزوجية بما ذكر بعد بدو الصلاح فالغلة للزوج أو لورثته، وإن انقضت قبل بدوّ الصلاح فالغلة للزوجة أو لورثتها، وبدوّ الصلاح أن تظهر الحلاوة فيه ويجوز بيعه، وهكذا حكم الحبس والعمرى المراعى فيها بدوّ الصلاح وظهور الطيب، وكذلك حكم الاستحقاق والرد بالعيب وفى البيع الفاسد وفى الشفعة وفى التفليس المراعى فيها كلها بدوّ الصلاح على أحد قولى ابن القاسم فى «المدوّنة» إلا أن الزوج متى كانت الغلة للزوجة أو لورثتها لا يرجع بما سقى وعالج فى الإمتاع إذا كان قد طاع فى عقد الامتاع على العادة فى

ذلك، والشرط به لا يجوز، والطوع لا يوجب أن يرجع به ولو سكت عن ذلك فى العقد لحمل على الطوع الجائز أو العادى إن كانت عادة، -والله سبحانه وتعالى أعلم- وكذلك إن كان الإمتاع فى ثمرة فإن انقضت الزوجية بعد أن بدا طيبها فهى للزوج، وإن كانت قبل أن تطيب فهى للزوجة أو لورثتها، وإن كانت أبرت وهى محمولة على الاستحقاق ولا يكون للمستحق منه فى الثمرة حق إلا أن تطيب، وأما قبل ذلك فهى لصاحب الأرض، وقد قيل: إنها لا تكون له إلا إن قطعها، وقيل: إلا أن تيبس، وأما قبل أن تطيب فهى للمستحق قولاً واحداً والمتعة محمولة على ذلك ولا عبرة فى ذلك بالإبار بخلاف البيع، فإن اشترط الزوج لنفسه كسوة تخرجها له الزوجة أو وليها للباسه على ما جرت به العادة، **قلت ما نصه**: والتزم والد الزوجة أو وليها فلان أن يخرج للزوج عند بنائه بالزوجة رسم لباسه جبة قيمتها كذا، وغفارة صفتها كذا وكذا، وقيمصاً وكذا سراويلات التزاماً تاماً فى ماله وذمته، وحكمها حكم الصداق تثبت بثبوته، وتسقط بسقوطه، وإذا وقع التزام ذلك من الزوجة عقد النكاح كما ذكر فلابد أن يكون فى الصداق زيادة على قيمة ذلك مقدار أقل الصداق فأكثر وإلا فسد النكاح لأنه يكون نكاحاً بلا صداق، وذلك عطية للزوج تثبت له بثبوت الصداق عليه، وتسقط بسقوطه عنه فإن لم يقع التزام ذلك وذكره فى كتاب الصداق وأخرجت المرأة ذلك فى شوارها كالغفارة والقمص وغيرها، وربما لبس ذلك الزوج، وربما لم يلبسه وذهبت الزوجة أو وليها إلى أخذ ذلك ويزعمون أنها كانت عارية وأنها فعلت على طريق التزين لأعلى طريق العطية، فقال ابن رشد: إن كان فى تلك الثياب عرف فى البلد جرى به العمل واستمر

عليه الأمر حكم به، وإن لم يكن فى ذلك عرف معلوم فالقول قول المرأة أو وليها فيما يدعيانه من أنها عارية أو على وجه التزيين، وما أرسله الزوج إلى زوجته من حلي أو ثياب أو غير ذلك، فإن أرسل ذلك على وجه الهدية وأعلن بها ولم يذكر غير ذلك ولا رأى أنه يريد غيرها لم يكن له فى شيء من ذلك قبل الدخول ولا بعده إلا أن يفسخ قبل البناء فله ما أدرك من هديته، وكذلك ما أهداه لوليها أو قريبها تطوعاً لا شيء له فيه، وإن سماها عارية إذا أرسلها وقبلتها الزوجة على ذلك فهى على ما سمى، وأما إن سكت إذا أرسلها فإنه ينظر إلى دعواه فيها فإن ادعى أنها عارية فإن أقام بينة أنه أشهد بها سراً حين أرسلها فهو على ما أشهد، وإن لم تقم بذلك بينة فلا شيء له فيها وإن ادعى أنه أرسلها لتحسب له من صداقها فإنه يحلف على ذلك، وتكون المرأة مخيرة بين أن تصرفها عليه أو تحسبها من صداقها على أنه أرسلها هدية ليكافأ عليها فإنه ينظر إلى حال البلد، فإن كان المتعارف عندهم حين يهدون إلى نسائهم يكافئوا عليها كان القول قوله، وإن لم يكن فى البلد سيرة بذلك ورؤى أن الهدية إنما كانت من الزوج إلى زوجته ابتغاء المكافأة وعرف ذلك كان القول قوله، وإن لم ير فى وقت الهدية ما يدل على إرادته التى ذكر لم يكن له قيام فيها، وفى «المدونة»: ليس بين المرأة وزوجها ثواب إلا أن يعلم إرادة ذلك، وقال مالك -رضى الله تعالى عنه- : ليس فى الدنانير والدراهم ثواب ولا يقبل ذلك ممن ادعاه فيها، وقال ابن عبد الحكم: إذا رؤى فيها الثواب كان ممن ادعاه، وسئل ابن زرب عن الذى يفعله الناس إذا تزوج الرجل أهدى إليه إخوانه الجزور وغير ذلك ثم يقول الباعث عند بنائه إنما بعثته ليكون من بعثت إليه شيئاً إذا تزوجت

أن يبعث إلى بمثل ما بعثت إليه، فقال: لا أدرى ما هذا أو لا آمر به، وهو ما ينبغي أن يحكم به بين الناس لأنه من الأشياء التي يرى أنه لم يرد بها الثواب في الوقت، وإنما هو رجل يدعي ذلك، ولعله لا يكون ليس هذا بشيء ولا أرى فيه ثواباً فإن اشترط ورؤى أنه إنما بعثه على هذا الشرط كان له الرجوع بقيمة ما بعث حالاً علي المبعوث إليه، وسئل عنها إسحق بن إبراهيم فقال: ليس في الهدايا والتحف مكافآت ولا مثوبة إلا لمن اشترطها عند إرسالها، وأما هدية العرس وهي ما جرى العرف أن الأزواج يهدونها عند الأعراس فاختلف فيها قول مالك فمرة رأى القضاء بها لأن العرف كالشرط إلا أنه أبطلها في الموت والطلاق، ومرة لم ير القضاء بها، قال ابن القاسم: وهو أحب قوليه إلي، وأما ابن حبيب فحكم فيها بحكم الصداق في الطلاق وغيره إلا أن تفوت فلا يكون له منها شيء، قال: وأما هدية الإملاك فلا يقضى بها ولا يكون له منها شيء في الطلاق، وإن أدركها قائمة، ولا فرق بينهما إلا من جهة العرف، فلو انتقل العرف لا نتقل الحكم بانتقاله، وما اشترك على الزوج من جزور ولحم وغيره فلازم له؛ قاله ابن مسعدة الحجازي، وهو للمرأة، وقال غيره: إن طلق قبل البناء فنصفه للزوج، وإن ابتنى فيلزم المرأة أن تصنع به طعاماً لأنه عرف الناس على ذلك يشترطونه، وهو إن طلق قبل البناء كالمهر، والله الموفق.

إنكاح الأب ابنته الثيب البالغ التي في حجره

تبدأ بالخطبة ثم تقول وبعد: فهذا كتاب نكاح العقد بين فلان وفلانه على صداق كذا النقد منه كذا قبضة للزوجة والدها إذ هي فى حجره يجهزها به إليه، وصار بيده وأبرأ منه الزوج فبرئ والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا.

وإن شئت قلت: وبعد فهذا ما أصدق فلان زوجته فلانة أصدقها على بركة الله تعالى كذا وكذا نقداً وكالئاً النقد منه كذا، والكالئ كذا، وتبنى على ما تقدم فى الشروط وغيرها ثم تقول: أنكحه إياها أو أنكحها إياه بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه والدها، وهى ثيب خلو من الزوج والعدة حل للنكاح، وتضمن الشهادة عليها وعلى الزوج والولى الوالد ثلاثتهم بما فيه عنهم من أشهدوه به وعرفهم وهم بحال صحة وطوع وجواز إلا الزوجة، فجواز فعلها فى النكاح خاصة، وفى تاريخ كذا.

بيان: ذكرنا فى هذا أن النكاح العقد بينها وبين الزوج لأن الشهادة وقعت عليها بخلاف البكر التي يزوجها أبوها وقولنا بإذنها أو رضاها وتفويضها ذلك إليه لأن الثيب لا يجبرها والدها على النكاح ولا يزوجها إلا برضاها، قال اللخمي: إلا أن يظهر منها الفساد فيجبرها والدها على النكاح أو وليها، والأحسن إن كان الولى غير الوالد أن يرفع أمرها إلى الحاكم ليزوجها ممن يصلح بها، وكذلك إذا طلقت الثيب لها أن تسكن حيث شاءت إلا أن يخاف عليها الضيعة فيمنعها والدها من ذلك ويردها إليه، والثيوبة المسقطة للإجبار هى ما كانت من نكاح صحيح أو فاسد مختلف فيه أو مجمع على فساده أو على

وجهة الملك كان الملك صحيحاً أو فاسداً، واختلف إن كانت من زنا أو غصب فقال فى «المدونة»: تجبر كالبكر، قال القاضى عبد الوهاب: الغصب والطوع سواء يجبران، وقال ابن الجلاب: الثيب بنكاح أو زنا سواء لا تجبر، قال اللخمى: أرى أن يكون كالثيب بنكاح، ولا تجبر لوصول العلم لها بما يراد منها من ذلك ولمباشرتها فلا فرق بين أن يكون ذلك عن حلال أو حرام، وتكون كالبكر فى صفة الإذن فيكون إذنها صمتها مثل البكر لأنها تستحى أن تقول نعم لما سبق مما تعذر به فى النطق، فإن سقطت عذرتها بغير وطء معين فهى كالعذراء سواء باتفاق. وفى «نوازل ابن الحاج»: العذرة تذهب بها الوثبة والحيضة والتعنيس واختلف فى البكر غير البالغ يزوجها والدها فيدخل بها الزوج ثم يطلقها قبل أن تحيض هل له جبرها على النكاح بعد ذلك أم لا؟ على ثلاثة أقوال: أحدهما: بأن له جبرها ما لم تحض عنده، وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك، والثاني: أن له جبرها وإن حاضت عنده وهو قول سحنون، والثالث: أنه لا يجبرها على النكاح، وإن لم تبلغ ويرتفع الإجبار مع بقاء البكارة إذا طال مقامها عند الزوج مدة يحصل لها العلم بحال الرجال مع النساء، واختلف هل لذلك حدّ، فقيل: لذلك حدّ وهو سنة، وقيل: لا حد له إلا ما يرى أنها قد علمت ما تعلمه الثيب، وهو أحسن. وقولنا: خلو من الزوج والعدة لئلا تدعى بعد ذلك أنها فى عصمة زوج آخر أو أنها حامل ولم يأتها الحيض -تريد بذلك فسخ هذا النكاح- فلا يقبل ذلك منها إلا أن يثبت وإن سقط ذلك من العقد فبين الشيوخ فى ذلك تنازع منهم من قال: إذا لم يأت لها من الوقت الذى خليت فيه ما يتبين فيه الحمل أن النكاح يفسخ، وبه قال ابن

عتاب، ومنهم من قال: لا يقبل قولها فى ذلك إذ لعلها قد ندمت فى هذا النكاح، وبه قال ابن العطار، والقول الأول أقيس بالأصول إذ هى مؤتمنة على فرجها.

فصل

فإن كانت ثيباً مالكة أمر نفسها وزوجها أبوها فتكتب فى ذلك ما تقدم فى الثيب التى فى حجر والدها إلا أنك تجعل قبض النقد إليها، وتقول: أنكحها إياه بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه والدها، وهى ثيب مالكة أمرها خلو من الزوج والعدة حل للنكاح، وتضمن الشهادة عليها وعلى الزوج والولي، ولا تستثنى فى جواز فعلها واختلف متى تخرج ذات الأب من الولاية وتملك أمرها؟ فقيل: إنما تخرج بالمحيض بكراً كانت أو ثيباً وهى رواية زياد عن مالك، وقيل: إذا تزوجت ودخل بها زوجها، وهو قول مالك فى «الموطأ» و «المدونة»، ورواية مطرف عنه فى «الواضحة». واستحب مالك فى قوله أن يحكم بذلك بعد البناء بالعام ونحوه إذا ظهر حسن حالها، وقيل له: لا تخرج من الولاية إلا إذا عنست إن كانت بكراً ودخل بها زوجها، وحد التعنيس فيها أربعون سنة، وقيل: من الخمسين إلى الستين، وقيل: تخرج من الولاية إذا تزوجت وأقامت مع زوجها عامين، وهو قول ابن نافع، وقيل: لا تخرج من الولاية إلا إذا تزوجت ومر لها مع زوجها سبعة أعوام ويعزى هذا القول لابن القاسم وبه جرى العمل؛ قال القاضى أبو الوليد الباجي: لا يجوز فعل ذات الأب فى مالها حتى يتم لها مع زوجها سبعة أعوام؛ قاله ابن القاسم فى بعض أسمعته، وعليه العمل عند الشيوخ،

وقال ابن أبي زمنين: الذى أدركنا عليه الشيوخ أن أفعالها لا تجوز ولا تخرج من الولاية إلا إذا مضى لها فى بيت زوجها من الستة الأعوام إلى السبعة الأعوام، وذلك ما لم يجدد السفه عليها الأب فإن جدد عليها السفه قبل ذلك فالولاية لها لازمة حتى ترشد، وبذلك كان يفتى ابن رزب وإليه ذهب ابن العطار، وكان أبو عمر الإشبيلى وابن العطار يقولان إن التحديد عليها للسفه لا يجوز بعد تزوجها ولا يلزمها إلا أن يتضمن عقد التحديد معرفة الشهود لسفهها، فإن ولى عليها الأب ثم تراخت مدته إلا إن جاوزت السبعة الأعوام فهل تلزمها تلك الولاية أم لا؟ فى ذلك قولان:

أحدهما: أن ذلك لازم لها كما لو جدد عليها السفه، والثانى: أن ذلك لا يلزمها كما لو ولى عليها وهى بكر ثم تزوجت وأقامت مع زوجها أكثر من سبع سنين ثم مات الأب أن الإيصاء ساقط عنها وانظر إذا تزوجها بكراً ومات الأب قبل أن يتم لها مع زوجها سبعة أعوام هل تملك نفسها إذ ذاك أم حتى تنقضى السبعة الأعوام ففى كلام بعضهم وما يدل عليه قولهم ما يقتضى أنها لا تملك نفسها حتى تنقضى السبعة الأعوام والقول بأنها تملك نفسها له وجه من النظر لما فيه من الخلاف المتقدم.

إنكاح الأخ أو غيره من الأولياء اليتيمة البكر البالغ المهملة وغير البالغ

هذا ما أصدق فلان زوجته فلانة ابنة فلان أصدقها على بركة الله تعالى كذا وكذا من سكة كذا نقداً وكالئاً وهدية تشتمل على كذا النقد من ذلك كذا مع الهدية برسم الحلول على الزوج إلى أن يبرأ منه بالبيان الواضح، والكالئ كذا مؤخراً عنه إلى أجل كذا، وتبنى على ما تقدم ثم تقول: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وتفويضها إليه فى ذلك أخوها فلان شقيقها أو عمها فلان أو القاضى بموضع كذا وهى بكر بالغ فى سنها يتيمة مهملة خلو من الزوج والعدة حل للنكاح بعد الاستئمار الواجب، فإن كان الولى القاضى زدت بعد قولك بعد الاستئمار الواجب وثبوت ما أوجبه ثم تضمن الشهادة على الزوج والولى بما فيه عنهما من أشهداه به وعرفهما وبحال صحة وجواز، وأشهد على القاضى فلان بما فيه عنه من أشهده به، وأشهد الزوج بما فيه عنه وعرفه وبحال صحة وجواز، ثم تقول: وحضر استئمار الزوجة وعاينها سافرة عن وجهها صامته صمتاً يفهم منه الرضا بعد أن علمت بالناكح والمهر، وأن إذنها فى ذلك صماتها فصمتت راضية به، وفى تاريخ كذا.

بيان : قولنا فى النقد إلى أن يبرأ منه بالبيان ليرتفع الخلاف ويزول الإشكال فإنه إذا لم يكتب ذلك فى العقد ودخل وادعى الدفع ففى قول ابن القاسم لا يكون دخوله حجة فى ذلك حتى يأتى بالبراءة منه وإلا غرمه، وعلى قول سحنون: يكون الدخول له حجة فى ذلك، ويكون القول قوله مع يمينه فى الدفع

لأن أفعالها عنده جائزة، وقد اختلف فى أفعال البكر اليتيمة التى لا أب لها ولا وصى على قولين:

أحدهما: أن أفعالها كلها جائزة إذا بلغت المحيض، وهو قول سحنون فى «العتبية»، وقول غير ابن القاسم فى «المدونة»، ورواية زياد عن مالك -رضى الله تعالى- عنه، والثاني: أن أفعالها كلها مردودة ما لم تعنس أو تتزوج ويدخل بها زوجها وتقيم معه مدة فيكون أمرها على الرشد، قيل: أقصاها العام، وهو قول ابن الماجشون، وإليه ذهب ابن العطار فى وثائقه، وقيل: الثلاثة الأعوام ونحوها، قال ابن أبى زمنين: الذى أدركنا عليه الشيوخ أنه لا تجوز أفعالها حتى يمر عليها فى بيت زوجها مثل السنتين والثلاث، وفى حد التعنيس خمسة أقوال أحدها: ثلاثون سنة وهو قول ابن الماجشون، والثاني: أقل من الثلاثين، وهو قول ابن نافع، والثالث: أربعون سنة، وهى رواية مطرف عن مالك وأصبغ وابن القاسم، والرابع: من الخمسين إلى الستين وهى رواية سحنون عن ابن القاسم، والخامس: أن تقعد عن المحيض، وهى فى «المدونة» عن مالك -رضى الله تعالى عنه- فإن كان صداقها عرضا مما تتجهز به فليس فى قبضها وبراءة الزوج منه خلاف ولا تزوج بأقل من صداق مثلها إلا برضاها، وفى رضاها بأقل من صداق المثل قولان وقولنا: بالغ فى سنها لأن غير البالغ لا يزوجها إلا الأب أو وصيه الذى جعله له الأب ذلك، ولا يجوز لغيرهما تزويج غير البالغ فى مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- الذى رجع إليه، وروى عنه ابن القاسم فى «العتبية»: إذا خشيت عليها الضيعة وكانت فى سن من يوطأ مثلها ورضيت بالنكاح أنه جائز عليها، وقيل: يجوز تزوجيها، ويكون لها الخيار إذا بلغت. قال ابن بشير: واتفق

المتأخرون أن تزويجها قبل البلوغ جائز إذا خيف عليها الفساد، وعلى المشهور إذا وقع فإنه يفسخ وإن بلغت ما لم تدخل، وقال ابن رشد: اختلف إذا تزوجت قبل البلوغ من غير حاجة تدعو إلى ذلك اختلافاً كثيراً، فقيل: إن النكاح يفسخ قبل الدخول وبعده وإن طال وولدت الأولاد ورضيت بزوجها، وإلى هذا ذهب ابن حبيب فى «الواضحة»، وعزاه إلى مالك وأصحابه، وقيل: يفسخ قبل الدخول وبعده إلا أن يطول بعد الدخول فلا يفسخ، وهو قول ابن القاسم فى «سماع عيسى» وغيره، وقيل: إن النكاح يكره فإذا وقع لم يفسخ وهو قول مالك -رضى الله تعالى عنه- فى رسم التبرى، وفى «سماع أشهب»، وقيل: إن زوجت وقد شارفت الحيض وأنبتت فلا يفسخ وإلا فسخ، وإذا فسخ على مذهب من يرى الفسخ فالفسخ فيه بطلاق، وإن طلق قبل الفسخ لزمه ويكون بينهما الميراث، ولا يجوز إن كانت كارهة باتفاق، وكذلك إن كان سنها أقل من سن من يوطأ مثلها أو لا يخشى عليها الضيعة وبنت عشر سنين ممن يوطأ مثلها بدليل بناء رسول الله ﷺ بعائشة وهى بنت عشر أو سبع.

وحد البلوغ فى الذكر والأنثى الاحتلام أو الإنبات أو السن، وهو ثمانى عشرة سنة فى قول ابن حبيب، وقيل: سبع عشرة سنة، وقيل: خمس عشرة سنة وهو قول ابن وهب ويكون فى الأنثى وحدها مع ذلك بالحمل والحيض، وفى «نوازل ابن الحاج» قال ابن وضاح: الجارية تحمل قبل أن تحيض ولا يولد للغلام حتى يحتلم قال بعض البغداديين: الإنبات فى البلوغ أبين الثلاثة، والاحتلام، وإنما يتعلق به حقوق الله تعالى، وأما حقوق الآدميين والأحكام التى تنفذ بين المسلمين فلا يجوز أن تتعلق بالاحتلام لأنه أمر لا يدرك ويمكن كتمانه

وادعاؤه، وإنما يجب ذلك بأمر يظهر ويمكن معرفته بالنظر إليه هو الإنبات كما فعل رسول الله ﷺ في بني قريظة، حكم فيمن أنبت بحكم البالغين وأمر بقتلهم، وفيمن لم ينبت بحكم الصغار فلم يقتلهم على أنه في الأغلب لا يتأخر عنه كبير مدة، وقد قال مالك: يحد إذا أنبت، وقال ابن القاسم: أحب إلى أن لا يحد إذا أنبت حتى يحتلم أو يبلغ من السن ما لا يجاوزه غلام إلا احتلم، وقولنا بعد الاستئمار الواجب؛ لأنه لا يصح النكاح إلا برضاها لقوله عليه ﷺ: «**البكر تستأمر والثيب تعرب عن نفسها**»[1] فإذا استؤمرت وأعلمت أن صمتها إذنها فصمتت لزمها النكاح واستحب بعضهم تكرار ذلك عليها ثلاثاً، فإن تكلمت بالرضا جاز ولا يضر ذلك، قال ابن مغيث: وكذلك إن ضحكت، وإن بكت ففي ذلك بين أصحابنا تنازع، فقال بعضهم: لا يكون ذلك رضا، وهو في كتاب «التفريع» لابن الجلاب، وقال بعضهم: ذلك منها رضا حتى تتكلم بأنها لا ترضى، قال: وبه أقول. وكيفيته أن يقول لها الشاهدان أو غيرهما: إن فلاناً تزوجك بصداق كذا وكذا، فإن كنت راضية فاصمتي ويعلمها أن صمتها إذن في النكاح، فإن قالت بعدما صمتت: ما علمت أن الصمت إذن لم يقبل قولها، قال ابن الحاج في «مسائله»: ويستغنى فيه عن ذكر الشروط إذ هي مما يتطوع به الزوج، فإن كان الصداق عرضاً فذكر ابن فتحون أن سكوتها في قبضه مع المعاينة فيه براءة الزوج، وذكر ابن العطار أن إشهادها في قبض ذلك يكون بالنطق والمعاينة، وبذلك يبرأ، قال ابن فتحون: وهو حسن، وما ذكرناه يغني عن تكليفها ذلك. وقال ابن لبابة: النطق في ذلك هو قول كثير من الشيوخ. قال

---

(1) الحديث رواه النسائي في ((السنن)) بلفظ: ((الثيب أحق بنفسها، والبكر يستأمرها أبوها وإذنها صماتها)).

ابن الحاج فى «نوازله»: وكذلك إذا سبق إليها مال ونسبت معرفته إليها ولا وصى لها فلابد أن تتكلم، فإذا بلغت حد التعنيس فلا يكون رضاها إلا بالكلام، وكذلك البكر يرشدها أبوها ثم يزوجها فلا يكون سكوتها رضاً فى النكاح، ولابد لها أن تتكلم كالثيب؛ ذكر ذلك الباجى فى «وثائقه»، وقال ابن لبابة سكوتها رضا وإن كان قد رشدها إلا أن يكون صداقها عرضاً فلابد لها من الكلام، قال: والصواب أن يكون رضاها فى النكاح سكوتها، وفى القبض الكلام، وكذلك البكر المعنس إذا زوجها أبوها على رواية عبد الرحيم عن مالك –رضى الله تعالى عنه– وإذا تزوجها عبد أو مكاتب أو مدبر وزوجها غير أبيها فلا يكون رضاها إلا بالكلام، وإذا زوجها الولى بغير رضاها ثم تعلم بذلك فترضى، ففى ذلك ثلاثة أقوال.

أحدها: أن النكاح جائز، والثاني: أنه لا يجوز، والثالث: أنها إن علمت عن قرب ورضيت جاز، قال عيسى بن دينار: والقرب فى ذلك مثل أن يعقد النكاح فى السوق أو المسجد ثم يسار إليها بالخبر من ساعته، وقال سحنون: ذلك أن تكون معه فى المصر الواحد، ويكون الذى بينهما قريباً مثل الأميال واليوم، قيل له: فلو كان بالفسطاط والمرأة بالقلزم وبينهما مسيرة يومين؟ فقال: ما أرى ذلك بكثير إذا أجازت فى الفور، وأما ما تباعد فلا يجوز، وقال أصبغ مثله، ولا يكون هذا الرضا إلا بالنطق باتفاق.

فصل

قال ابن رشد: وإذا لم يوجد من يعرفها عند الاستئمار فلابد أن يشهد على رؤيتها من لا تحتشم منه فتسفر لهم عن وجهها فيثبتوا عينها بحيث إن أنكرت بعد ذلك شهدوا عليها أنها هي التي أشهدتهم فيلزمها النكاح، وأما إن وجد من العدول من يعرفها فلا ينبغي لمن لا يعرفها أن يشهد عليها، فإن شهد عليها من لا يعرفها ووجد من يعرفها أو لم يوجد فلا يصح لهم أن يشهدوا على شهادتهم أن فلانه بنت فلان أشهدتهم على الرضا بالنكاح لاحتمال أن لم تكن هى التي أشهدتهم فيموتوا ويشهد على شهادتهم فيلزم نكاحاً لم ترض به ولا أشهدت به على نفسها؛ لأن إشهادهم على شهادتهم بذلك كشهادتهم به عليها عند حاكم، والحقوق بخلاف ذلك، قال مالك: لا أرى أن يشهد الرجل على من لا يعرف، ومثله لأصبغ فى الخمس. قال: وأما الحقوق من البيع والوكالات من الهبة ونحو ذلك فلا يشهد عليها فى شيء إلا من يعرفها بعينها واسمها ونسبها، والفرق بين النكاح وما سوى ذلك من الحقوق أنه يخشى وإن لم يشهد على شهادتهم فى الحقوق أن يموتوا فيشهد على خطوطهم فتلزم بإطلاقهم تشهد به على نفسها، وعلى ما جرى به العمل عندنا من أنه لا يقضى بالشهادة على خط الشاهد إلا فى الأحباس وما جرى مجراها يستوى النكاح فى ذلك وما سواه من الحقوق، ولا يكون على الرجل حرج فى أن يضع شهادته على من لا يعرف فى الحقوق كما يضعها عليه فى النكاح إذا لم يشهد على شهادته بذلك، وقد أجاز ذلك العلماء قديماً وإن قيد فى عقد الوثيقة معرفة العين والاسم لما فى ذلك من تحصين العقود، وأما عند أداء الشهادة فلا يحل للشاهد أن يشهد بإجماع إلا على من يثبت عينه ويعرف أنه هو الذى أشهده بلا شك فى ذلك ولا ارتياب، قال ابن

حبيب: سئل مالك أيشهد الرجل على من لا يعرفه؟ قالَ: لا يفعل، وفى الناس سعة، وفى «سماع أشهب»: لا يشهد على من لا يعرفه إلا أن يشهد معه من يعرفه، فإن عرفه رجلان ففى ذلك قولان:

أحدهما: بأنه يشهد؛ قاله ابن القاسم فى «المجموعة»، ورواه ابن نافع عن مالك، والثانى: أنه لا يشهد وهو قول ابن القاسم أيضاً، وفى بعض الروايات عنه لا يشهد إلا على شهادتهما، قال بعضهم: وإذا حصل العلم ولو بامرأة واحدة فليشهد.

وسئل ابن رشد: فى شاهد شهد على امرأة فى وصية بعد موتها، وقال: إنه لم يعرف عينها حين أشهدته إلا بقول امرأة وثق بها فقال: شهادته عاملة إذا كان ابتدأ سؤالها؛ لأن ذلك من ناحية قبول خبر الواحد وأما إذا لم يبتدئ هو سؤالها، وإنما قالت ذلك ابتداء على سبيل الشهادة عنده فذلك مثل أن تكون المرأة التى أشهدته قد أتته بامرأة يعرفها بالثقة فقالت له: هى فلانة بنت فلان ونعرفك بذلك فلا يجوز له أن يشهد عليه بتعيين المرأة له إياها على هذا الوجه، وإن كانت عنده ثقة فإن جهل وشهد سقطت شهادته عليها ولم يكن ذلك جرحة فيه تسقط به شهادته فيما سوى ذلك ويشهد الشاهد إذا عرف أعيان المشهدين له. قال ابن دحون: فإن عرف عين المشهود عليه ولم يعرف عين المشهود فلا يشهد إلا أن يبين، وأما إذا لم يعرفهما أو عرف المشهود له خاصة فلا يشهد، وقال ابن لبابة إذا قال الشاهد أشهدتنى فلانة ولم يقل أعرفها بالعين والاسم فهى شهادة تامة، وقوله أشهدتنى فلانة شهادة معرفة شهادة لا محالة، وينبغى أن يقيد فى عقد النكاح وغيره أن الإشهاد وقع فى حال الصحة فإن سقط ذلك من

العقد فالناس محمولون على الصحة حتى يثبت المرض، وسئل ابن رشد فيمن أقام بينه أن نكاحه وقع فى الصحة، وشهدت بينه أخرى أن النكاح وقع فى المرض فتكافأتا فى العدالة، فقال: فى ذلك ثلاثة أقوال، أحدها: أن بينة الصحة أعمل. الثاني: أن بينة المرض أعمل الثالث: أن البينتين تسقطان، قال: وينبغى أن يكون منها قول رابع كالذى فى تكافئ البينة فى البيوع أن يقرع بين البينتين وهو شاذ ولا يعتبر فى المرض العلل المزمنة التى لا يخاف على المريض منها كالجذام والهرم، وأفعال أصحاب ذلك أفعال الصحيح بلا خلاف، وكذلك ينبغى أن ينص على جواز الأمر فى الإشهاد فى العقد كما تقدم فى الصحة، ومعنى ذلك أنه لا ولاية عليه فإن ثبت بعد ذلك أنه تحت ولاية، فقال بعضهم: إن كان الشهود الذين شهدوا على ذلك من أهل العلم فالمراد بهذه الكلمة حمل ذلك على معرفتهم بانطلاقة من تلك الولاية التى ثبتت عليه، وإن لم يكونوا من أهل العلم لم ينتفع بذكر الجواز فى العقد وكان الحكم بما ثبت من الولاية، وقال بعضهم: إنه لا اعتبار بذلك وإن كانوا عالمين إذا ثبتت الولاية إلا أن يصرح بمعرفتهم بانطلاقة منها، قال ابن فتحون: وهذا عندى أصح القولين، وإن: سقط ذكر الجواز من العقد فالناس محمولون على الرشد حتى يثبت الحجر.

فصل

فإن كانت ثيباً فزوجها أبوها أو غير الأب من الأولياء فتكتب فيها مثل ما تقدم فى الثيب ذات الأب سواء فإن كان زوجها الأول توفى أو طلقها فأقامت بعده مدة فلابد أن يثبت هذا الرسم، ونصه: يعرف شهوده فلاناً وفلانة بالعين

والاسم المعرفة التامة ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها إلى أن توفى فلان عنها أو إلى أن طلقها بالثلاثة منذ كذا ولا يعلمون الزوجة المذكورة تزوجها بعدة غيره، ولا أنها انعقد عليها نكاح حتى الآن، ولا أن لها ولياً يعقد نكاحها إلا القاضى أو أخوها أو عمها فلان المعروف عندهم، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، وإن كان طلقها طلقة واحدة زدت بعد قولك إلى أن طلقها ولا يعلمون أنه ارتجعها من الطلاق المذكور ويثبت ذلك فى البكر ليتيمة هذا الرسم **ونصه**: يعرف شهوده فلانة بنت فلان معرفة تامة ويعلمونها بكرا بالغاً فى سنها يتيمة مهملة ولا يعلمونها العقد عليها نكاح قط، ولا أن لها ولياً يعقد نكاحها إلا القاضى أو إلا أخوها أو عمها فلان المعروف عندهم، وقيدوا بذلك شهادتهم فى كذا.

إنكاح وصى الأب ووصى القاضى ومقدمه أو مقدم أحد الأولياء يعقد فى البكر

هذا ما أصدق فلان زوجته فلانة أصدقها كذا وكذا ديناراً نقداً وكالئاً النقد منه كذا قبضه للزوجة وصيها الناظر عليها بعهد أبيها فلان، وصار بيده ليضعه فى جهازها ومصالح البناء عليها، وأبرأ منه الزوج فبرئ، والكالئ منه كذا مؤخراً إلى أجل كذا، وتبنى على ما تقدم من الشروط وغيرها ثم تقول: أنكحه إياها وصيها الناظر عليها بعهد الأب فلان وهى بكر فى حجره وولايته صحيحة فى جسمها وعقلها خلو من الزوج وعدة الوفاة حل للنكاح بعد الاستثمار الواجب، وشهد على الزوج والوصى بما فيه عنه بما أشهداه فى الصحة والجواز،

ويعمل الإيصاء المذكور بإشهاد العاهد أو بإشهاد القاضى بموضع كذا بثبوته لديه ولا يعمل فيه نسخاً، وفى تاريخ كذا من حضر استئمار الزوجة وشاهدها سافرة عن وجهها صامتة صمتاً يفهم منه الرضا، وبعد أن أعلمت بالنكاح والمهر وأن إذنها فى ذلك صماتها فصمتت راضية به وفى التاريخ، وتقول فى وصى القاضي: أنكحه إياها فلان الناظر عليها بتقديم القاضى بموضع كذا إياه للنظر عليها نظر الإيصاء، وهى بكر فى حجرة وتبنى على ما تقدم فى الاستئمار وغيره وتضمن معرفة الإيصاء بإشهاد القاضى بإمضائه أو ثبوته لديه وكذلك تعقد فى مقدم القاضى لإنكاحها أنكحه إياها فلان ابن فلان بتقديم القاضى بموضع كذا إياه لإنكاحها وقبض صداقها ووضعه فى جهازها وهى بكر يتيمة مهملة وتبنى على ما تقدم وتضمن معرفة التقديم بإشهاد القاضى بإمضائه، وإن كانت ثيباً فيعقد فيها ما نصه: هذا ما أصدق فلان زوجته فلانة أصدقها كذا وكذا ديناراً نقداً وكالئاً النقد منه كذا قبضه لها فلان وصيها الناظر عليها بعهد الأب فلان، وصار بيده، وأبرأ منه الزوج أو قبضه لها فلان الناظر عليها بتقديم القاضى وصار بيده وأبرأ منه الزوج، والكالئ كذا مؤخر الأجل كذا، ثم تقول: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه وصيها فلان أو الناظر عليها بتقديم القاضى فلان وهى ثيب مالكة أمرها فى النكاح خاصة، وتبنى على ما تقدم وتضمن معرفة الإيصاء أو التقديم والشهادة على الوصى أو الزوجين.

بيان: لابد من استئذان البكر إذا زوجها وصى أو غيره ممن ذكر فلا يصح النكاح دونه إلا أن يجعل الأب لوصية أن يزوج ابنته من غير استئمار، ونص له على ذلك فى عهده فإنه حينئذ يكون له أن يزوجها دون استئمار ويقوم فى ذلك

مقامه، وكذلك لا يزوجها قبل البلوغ ولا يجبرها على النكاح وصى ولا غيره إلا أن يجعل ذلك الأب للوصى أو الوكيل، قال اللخمي: الإجبار يختص بالآباء أو بمن أقامه الأب مقامه فى حياته أو بعد وفاته إذا عين الأب الزوج الذى تزوج ابنته.

واختلف إذا لم يعين وجعل ذلك إلى اجتهاده، فقيل: له إجبارها وينكحها ممن يراه قبل البلوغ وبعده وهو المعروف من قول مالك، ويقوم فى ذلك مقام الأب، وقال عبد الوهاب: ليس له إجبارها، قال: وهو أحسن وأتبع للحديث، وقال أبو الحسن بن القصار: إذا عين الموصى للوصى رجلاً بعينه لصغيرة أو كبيرة بكراً فإنه يزوجها جبراً كما يزوج الأب وإذا لم يعين له رجلاً بعينه لم يزوج الصغيرة حتى تبلغ وترضى ولا البكر الكبيرة إلا برضاها، ومن أصحابنا من قال: إن الموصى إذا قال له زوج ابنتى ممن رأيت فإنه يقوم مقام الأب فى تزويج الصغيرة والكبيرة البكر بغير إذنها وهو مخرج على قول مالك.

وقسم ابن رشد الوصى فى النكاح على ثلاثة أقسام:

أحدها: إذا قال الموصى وصى ولم يزد فوقع فى «الواضحة»، وهو قول ابن القاسم: أن الوصى يكون ولياً لكل من كان له الموصى ولياً من الأخوات والقرابات، وقيل: إنه لا يكون ولياً لمن لا ولاية للموصى عليهن، وقيل: يكون لهن ولياً إلا أن الولى أحق منه بالعقد والثانى إذا أوصى على المولى عليه باسمه من رجل أو امرأة فلا يتعدى ولايته إلى غير من إلى نظره، ولا يزوج أحداً من قرابة الموصى كان محجوره حياً أو ميتاً إذ لا ولاية على أحد منهن ولا اختلاف فى

هذا غير أن ابن الهندى قال: إن زوج واحدة منهن مضى وهو بعيد، والثالث: إذا قال وصى على بضع بناتى فإنه يكون وليا لجميع بناته فى النكاح وإن كن مالكات لأمور أنفسهن فقف على الفرق بين ذلك، فالوصي على معين يزوج إماء محجوره بلا اختلاف ولا يزوج بناته اللاتى لا يملكن أنفسهن باختلاف، ولا يزوج من ملك أمره منهن ولا أخواته ولا مولياته فإن فعل مضى على ما ذهب إليه ابن الهندى، قال ابن رشد: ويزوج محجورته بعد ترشيدها كما يزوجها قبل ذلك، ولا يعلم فى ذلك نص رواية وإذا قال: فلان وصى وكان إلى نظره محجور أجنبى فلا يدخل تحت هذا اللفظ ولا يكون له تزويجها إن كانت امرأة، ووصى الأب أولى من الأولياء فى مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- وابن القاسم، ويشاور الأولياء، وقال ابن الماجشون وغيره من أصحاب مالك: الولى أولى بالعقد من الوصي، وهو مذهب الشافعى وأحمد وغيرهما -رضى الله تعالى عنهم- وكان بعض القضاة بقرطبة يجعل العقد للولى بموافقة الوصى ليخرج بذلك عن الخلاف فيعقد فى ذلك ما نصه: أنكحه إياها أخوها أو عمها بموافقة وصيها فلان وإذنه، وتضمن الشهادة عليهما معاً، فإن عقد الولى دون الوصى فللوصى نقضه على ما روى عن مالك ما لم تطل وتلد الأولاد قال بعضهم: وله إجازته إن شاء بخلاف الأب إذا زوجها ولى دونه فلا تصح إجازته لأنه يملك الإجبار، فعلى هذا إذا كان الوصى يملك الإجبار فلا يكون له إجازة ما عقده الولي، وكذلك اختلف فى الولى مع وصى القاضي، فقال ابن حبيب: الولى أحق بالإنكاح وعليه الأكثر، وقال ابن لبابة وغيره: وصى القاضى أولى من الولي، وبه أفتى ابن عتاب وافتى ابن القطان وغيره بما قال ابن حبيب من أن

الولى أولى، قال موسى بن أحمد: والنظر يعود إلى ذلك وهذا الذى رجحه ابن فتحون وعقد عليه وثيقته، وقد حكى ابن مغيث فى «وثائقه»: أنه ليس للوصى من الإنكاح شيء إذا كان لها ولي، وسئل ابن رشد فى إنكاح الوصى دون إذن المشرف؟ فقال: ليس إنكاح أحد الوصيين دون إذن صاحبه بمنزلة إنكاح الوصى دون إذن المشرف لأن الوصيين وليان جميعاً كالسيدين فى الأمة لا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالعقد عليها دون الآخر إلا أن يوكله على ذلك، فإن فعل كان العقد فاسداً كنكاح عقده غير ولى، وأما المشرف فليس بولى ولا إليه من ولاية العقد شيء وإنما إليه المشورة التى جعلت له خاصة فإن أنكح الوصى دون إذن المشرف فالعقد فى نفسه صحيح إلا أنه موقوف على نظره إن رأى أنه يجيزه أجازه، وإن رأى أن يرده رده كالسفيه يتزوج بغير إذن وليه والولى وثم أولى منه حاضر فإنكاح الوصى فى مسألتك بعد موت المشاور موقوف على نظر القاضى إن رأى أن يرده رده، وإن رأى أن يجيزه أجازه وهو صحيح فى نفسه، فإذا لم يعثر على الأمر حتى مات الزوج فقد فات موضع النظر ووجب للزوجة الصداق المسمى والميراث إذ لا حظ لهما فى الرد لأن ذلك يسقط ما وجب لها من الصداق والميراث ولا نظر لها فى ذلك، وقولنا فى تضمين الإيصاء ممن يعرف الإيصاء بالإشهاد هو الصواب؛ إذ قال الباجي: إن من أهل العلم من قال إن فى العقد نقصاناً إذا قلت: «ممن يعرف الإيصاء»، وسكت حتى يقول بإشهاد العاهد به ويعرفه أو بإشهاد القاضى بثبوته لديه، وإذا لم يفسره فيبقى على المشهور احتمال أن يكونوا شهدوا بالسماع وذلك لا يجوز، وهو الظاهر من جواب ابن

القطان أن ذلك غير عامل فى معرفة الإيصاء حتى يتبين الوجه الذى عرف به وحاوب غيره بخلاف ذلك ويجزئ ذلك من الشهود العالمين.

فصل

فإن قدم أحد الأولياء على نكاح وليته غيره فيكتب فى تقديم الأب على ابنته البكر: وكل فلان فلاناً على عقد نكاح ابنته البكر فى حجره من يراه مشاكلة لها، وبما يراه من الصداق، وكيفما يراه، وقبض ما يجب قبضه منه والإبراء منه ووضعه فيما يجب لها وتكرار العقد والمراجعة عليها كلما احتاجت إلى ذلك على الدوام توكيلاً تاماً أقامه لها مقامه وبدلاً منه، وقبل ذلك منه وشهد عليهما به فإن جعل له إنكاحها قبل البلوغ وبعده من غير استئمار زدت ذلك فى العقد المذكور، وكذلك إن جعل له أن يقدم من يراه كذلك وتقول فى ذلك: **ما نصه:**

وجعل له إنكاحها قبل البلوغ وبعده من غير استئمار، وأن يقدم من شاء بمثل التقديم المذكور أو بما شاء منه.

ويعقد فى تقديم ولى اليتيمة البكر عقد: وكل فلان فلاناً على عقد نكاح أخته فلانة شقيقته أو بنت عمه فلانة أو محجورته فلانة مع من يراه شاكلة لها وبما يراه من الصداق وتكرار العقد عليها والمراجعة كلما احتيج إلى ذلك وكالة تامة أقامه لها مقامه فى ذلك وبدلاً منه وقبل ذلك منه وشهد عليهما، وكذلك تعقد فى نكاح الثيب على نحو ذلك فإن زوجها الوكيل فإن كان وكيل الأب

أو الوصى فتجعل قبض النقد إليه ثم تقول ما نصه: أنكحه إياها فلان بتقديم والدها إياه على ذلك التقديم التام، وهى بكر فى حجر والدها وولايته وإن كانت يتيمة مهملة قلت ما نصه: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وبتقديم أخيها أو عمها فلان ابن فلان وهى بكر بالغ فى سنها وإن كانت ثيباً فتعقد فيها ما نصه: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه فلان ابن فلان بتقديم أخيها أو عمها إياه على ذلك التقديم التام وهى ثيب مالكة أمرها، وتبنى على ما تقدم وتضمن الشهادة على الزوجين والوكيل المتولى العقد، وتنص على معرفة التقديم بالإشهاد كما تقدم فى الإيصاء، فإن كان المقدم أو الوصى امرأة فلا تلى العقد بنفسها ولابد لها أن تقدم رجلاً يتولى العقد، فتقول ما نصه: أنكحه إياها فلان ابن فلان بتقديم فلانة الوصية على الزوجة أو المقدم لعقد نكاح الزوجة المذكورة بتقديم أخيها أو أبيها إياها التقديم التام ثم تقول: وهى بكر أو ثيب وتبنى على ماتقدم وتضمن الشهادة على الزوجين والمرأة بتقديمها الولى المذكور، وعلى المتولى للعقد عليها معها، وتضمن معرفة تقديم الولى للمرأة والإيصاء بالإشهاد كما تقدم، وكذلك إن كان المقدم أو الوصى بعيداً لا يتولى العقد بنفسه، ويقدم رجلاً حراً يتولى العقد كما تقدم فى المرأة، وللمرأة أن تقدم على إنكاح محجورتها إذا كانت ناظرة عليها بتقديم القاضى فى قول من يمنع أن تقديمها عن المحجورة على الخصام وغيره لأن هذا ضرورة ولا يخالف فى هذا من يمنع هناك وقال ابن الحاج فى «نوازله»: إذا كانت المرأة حاضنة فهل لها أن تقدم آخر يعقد نكاح محضونتها أم لا؟ فأجاز ذلك جماعة من الفقهاء، ومنع منه ابن الطلاع وابن حِمْدين، وسئل ابن رشد فى رجل ترك زوجة وبنات فقدم حكم الجهة

للأم على البنات فزوجت الأم إحدى البنات، وقدمت لعقد النكاح أخاها خال البنت وللبنت أولاد عم غيب على مسافة يومين فلما علموا بذلك أرادوا فسخه فأجاب: النكاح صحيح جائز لا سبيل إلى فسخه إلا أن يثبت الأولياء أن الزوج غير كفء، وأن تزويجها ضرر ببينة عادلة، ولا يكون للزوج فى ذلك مدفع.

إنكاح المولى الأعلى والمولى الأسفل والكافل والمربى والأجنبى بالولاية العامة

تعقد فى إنكاح المولى الأعلى مثل ما تعقد فى إنكاح الأخ والعم ثم تقول أنكحه إياها فلان بن فلان مولاها الذى أعتقها إن كان هو الذى تولى عتقها أو مولاها بولاية العتاقة إن كان أعتقها أبوه أو غيره ممن يجر له الولاء، وكذلك تعقد فى المولى الأسفل على الرواية التى أتت فى ذلك عن مالك؛ إذ فى ولايته فى المذهب قولان فتعقد فيه **ما نصه**: أنكحه إياها فلان مولاها الذى أنعمت عليه بالعتق أو فلان معتق أبيها وتكمل العقد كما تقدم فى إنكاح الأخ فى البكر والثيب سواء وتعقد فى إنكاح الكافل والمربى مثل ذلك، وتقول فى البكر اليتيمة **ما نصه**: أنكحه إياها كافلها ومربيها فلان بن فلان وهى بكر بالغ فى سنها يتيمة مهملة فى كفالة فلان المذكور وإيالته وتبنى على ما تقدم، **وتعقد فى الثيب**: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه كافلها أو مربيها فلان وهى ثيب وتبنى على ما تقدم، وتجعل قبض النقد لليتيمة البكر للكافل الذى زوجها وفى قبضة براءة الزوج.

بيان: المولى الأعلى من الأولياء باتفاق وأما المولى الأسفل ففيه اختلاف فى المذهب هل يكون ولياً من الأولياء فى النكاح أم لا؟ كما تقدم، قال فى «المدونة»: وهو من الأولياء إذا كان له الصلاح، ويجوز له إنكاحها من نفسه، وذكر المازرى أن فى ذلك خلافاً، والكافل والمربى من أولياء المرأة بكراً كانت أو ثيباً لأنه القائم بأمرها وقد جمع النظر لها وولاية الإسلام وهو لها كالأب، والمشهور فى المذهب أن المولى أحق منه بالإنكاح أخوة كانوا أو عصبة وروى أنه أحق من الأولياء فإن كان أبوها حياً فهل يسوغ له العقد عليها دون أبيها؟ فى ذلك قولان، قال ابن رشد: وقد أنزله فى «المدونة» منزلة الوكيل فى حياة أبيها فلا يحتاج إلى رضاها، ولم ير له فى سماع أشهب إنكاحها إلا أن يجعل له ذلك الأب نصا، ويزوج المرأة الثيب إذا كانت فى كفالته وإن لم يكن قد كفلها فى حال صغرها وبكارتها فإن كفلها بكرا ورباها وزوجها ثم مات الزوج أو طلقها قبل البناء فهل يكون له أن يزوجها ثانية أم لا؟ فحكى ابن فتحون عن القاضى أبى الوليد الباجى أنه قال: ينكحها بالكفالة الأولى أبداً، وحكى عن غيره أنها إذا عادت الكفالة حسبما كانت عليه زوجها وإن لم تعد إلى كفالته لم يزوجها بالكفالة الأولى، واختلف فى ذلك فقهاء قرطبة، فقال بعضهم: إنه ينكحها ثانية وولايته باقية عليها فى النكاح، وبه قال ابن عتاب، وقال بعضهم: لا ينكحها وترجع الولاية إلى غيره، وبه قال ابن القطان، ذكر ذلك ابن الطلاع فى «وثائقه»، واستحسن هو من رأيه أنه إن كان الكافل خيراً فاضلاً فولايته باقية عليها وينكحها، وقال ابن زرب: إن المرأة الكافلة ليس لها تزويج مكفولها، وهى فى ذلك بخلاف الرجل، وذكر ابن الحاج فى «نوازله»: أن الفقهاء اختلفوا

فى ذلك بقرطبة فأجاز ذلك جماعة من الفقهاء إن تقدم على عقد نكاح محضونتها، ومنع ابن الطلاع ذلك وابن حمدين، وقد تقدم ذلك.

فصل

وتعقد فى إنكاح الأجنبى للدنية المسكينة التى لا ولى لها على ما جرى به العمل ما نصه: هذا ما أصدق فلان زوجته فلانه أصدقها كذا وكذا نقداً وكالئاً النقد منه كذا برسم الحلول، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا، ثم تقول فى البكر: أنكحه إياها جارها فلان وهى بكر بالغ فى سنها يتيمة مهملة لا ولى لها حاضر ولا غائب لضعفها وعجزها عن إتيان السلطان وإقامة البينة على حالها، وتبنى على ما تقدم.

وتعقد فى الثيب: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه فلان بن فلان الفلانى لضعفها وعجزها عن إثبات السلطان وإقامة البينة على حالها وهى ثيب مالكة أمرها خلو من الزوج والعدة حل للنكاح، وتبنى على ما تقدم فى التى زوجها أخوها أو عمها فى البكر والثيب.

بيان: أجاز مالك أن يعقد الرجل الصالح نكاح المرأة الأجنبية الدنية مثل المسكينة والمعتقة والإسلامية وإن كان منها أجنبياً إذا لم يكن لها ولي، وسواء كان فى البلد سلطان أو لم يكن إذا لم تصل إليه إلا بشقة، وهو الذى قاله ابن القاسم فى «المدونة»، وجرت به الفتوى والعمل، وروى أشهب عن مالك أن الدنية وغيرها سواء لا يزوجها إلا ولى أو سلطان فإن زوج المرأة أجنبى مع

وجود الولى فإن كان ممن له الإجبار كالأب لم يجز، وإن أجازه وإن لم يكن له الإجبار فإما أن تكون ذات قدر أو دنية فإن كانت ذات قدر فقال مالك: ما فسخه بالبين، ولكنه أحب إلى، وتوقف إذا أجازه الولى بالقرب، وقال ابن القاسم: له إجازة ذلك ورده ما لم يبن، وفى «المدونة»: إن دخل بها عوقبت المرأة والزوج والمنكح والشهود إن علموا، وإن كانت دنية ففيها قولان:

أحدهما: أن النكاح ماض مطلقاً، والثاني: كذات القدر.

إنكاح المولى لبيته من نفسه أو الوصى من قبل الأب

تقول فى البكر: هذا ما أصدق فلان زوجة فلانة أصدقها كذا وكذا نقداً وكالئاً النقد منه كذا برسم الحلول على الزوج إلى أن يبرأ منه بالبيان الواضح، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا، ثم تقول: أنكحها من نفسه بإذنها ورضاها فلان الزوج المذكور إذ هو ابن عمها وهى بكر بالغ فى سنها يتيمة مهملة خلو من الزوج، وعدة الوفاة حل للناكح بعد الاستئمار الواجب، وشهد على الناكح المنكح فلان المذكور بما فيه عنه من أشهده به وعرفه، وبحال صحة وجواز، وحضر استئمار الزوجة وشاهدها سافرة عن وجهها صامته صمتا يفهم منه الرضا بعد أن أعلمت بالناكح والمهر، وأن إذنها صماتها فصمتت راضية به، وفى تاريخ كذا.

وتعقد فى الثيب ما نصه: أصدق فلان زوجة فلانة كذا وكذا نقداً، وكالئاً النقد منه كذا قبضته وأبرأته منه، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا، ثم تقول:

أنكحها من نفسه بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إليه فلان الزوج المذكور إذ هو ابن عمها لحاً، وهى ثيب مالكة أمرها خلو من الزوج والعدة حل للنكاح، وشهد على الناكح المنكح فلان المذكور والزوجة فلانة المذكورة بما فيه عنهما من أشهداه به وعرفهما وبحال الصحة والجواز وفى كذا.

وتعقد فى الوصى ما نصه: هذا ما أصدق فلان زوجة فلانة البكر فى حجره وولايته أصدقها كذا وكذا نقداً وكالئاً النقد منه كذا بالحلول إلى أن يبرأ منه بالبيان الواضح والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا ثم تقول: أنكحها من نفسه فلان الزوج المذكور إذ هو الناظر عليها بعهد أبيها إليه أو بتقديم القاضى إياه على النظر لها وهى بكر بالغ فى سنها يتيمة فى حجره كما ذكر وولايته خلو من الزوج والعدة حل للنكاح بعد الاستئمار الواجب، شهد على الناكح المنكح الزوج المذكور بما فيه عنه من أشهده به وعرفه وبحال صحة وجواز وحضر الاستئمار ويعلم صحة الإيصاء والسداد لليتيمة فى هذا النكاح وفى تاريخ كذا، وتعقد فى الثيب نحو ما تقدم.

بيان: لا يصلح بالزوج أن يدخل بزوجته حتى يقدم لها معجل صداقها أو مقدار ربع دينار منه، فإن رضيت بالدخول دون أن يقدم لها شيئاً من صداقها فهو مكروه وليس بحرام، وإن ذهب هذا الزوج إلى دفع النقد والبراءة منه فله ذلك بأحد ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يبتاع لها به أسباباً من جهازها إن كان عيناً، ويدفع ذلك للزوجة بمحضر الشهود، وتقبضها منه بالمعاينة وسواء كان الدفع فى بيت البناء أو غيره،

فإن كان هذا الدفع بعد عقد النكاح فلابد أن تنطق ويشهد عليها بقبض ذلك بالنطق، وإن كان ذلك فى نفس العقد حين الاستئمار فهل تنطق بقبض ذلك أو يجزئ صمتها؟ فى ذلك قولان، وقد تقدم ذكرهما،

والوجه الثاني: أن يحضر ذلك فى بيت البناء ويعاينه الشهود به وإن لم يدفع ذلك إليها.

والوجه الثالث: أن يوجه ذلك إلى بيت البناء بحضرة الشهود بعد أن يقوموه ويعاينوه ولا يفارقوه حتى يتوجه به وإن لم يصحبه الشهود إلى البيت، ذكره ابن حبيب. فإن فعل الزوج أحد هذه الأوجه الثلاثة وصياً كان أو غيره برئ وكذا كل من استقر عليه أو عنده صداق يتيمة أو زوجة لا يصح قبضها إذا فعل أحد هذه الأوجه الثلاثة برئ وأحسنها الوجه الأول، وذكر ابن العطار فى «وثيقة اليتيمة»: يزوجها الوصى من نفسه بعد إن فوضت إليه، وقد اختلف فى هذا الفصل هل للمرأة أن تفوض أمرها إلى الولي؟ فأنكر ذلك ابن حبيب، وقال ابن عبد الغفور عن ابن القاسم: لابد أن يذكر تفويض المرأة إلى الولي، قال فضل: وهو أجمع الخلاف، وقال فى «الاستغناء»: فذهب الشيوخ أن يذكر فى صدقات المنكحات من النساء التفويض إلى الولى ما لم يكن أباً فى البكر خاصة، وكل حسن جائز، وفرق ابن زرب بين البكر والثيب، فقال: للثيب أن تفوض، وليس للبكر أن تفوض، وذكر ابن مغيث فى «وثيقة اليتيمة»: البكر بعد أن استأمرها، وفى وثيقة الثيب اليتيمة ذات الوصى بعد أن فوضت إليه قال: وهذا إذا كان لها أولياء، وأما إن لم يكن لها إلا ولى واحد فليس لها أن تفوض، قال القاضى أبو

الوليد: والخلاف فى ذلك جارٍ على الخلاف فى الولاية هلْ هى حق للمرأة وحق للولي؟ وكره مالك للوصى نكاح محجورته أو إنكاحها من أحد بنيه، فإن وقع وكان صواباً مضى وإلا فسخ ما لم يطل، وضمن ابن العطار فى وثيقته معرفة السداد، وقال فى إنكاح السلطان لا يحتاج إلى ذلك، وسوى ابن فتحون بينهما فى «وثائقه».

إنكاح البكر التي غاب أبوها أو التي رشدها

لا تزوج هذه البكر التى غاب أبوها حتى يثبت هذا: عقد بعرف شهود فلانة بنت فلان ويعلمونها بكراً بالغاً قد بلغت سن التزويج ودعت إلى النكاح، وأن والدها غاب بحيث لا يعلم منذ كذا غيبة انقطاع، ولم يرجع من مغيبه حتى الآن ولا يعلمونه ترك مالا ولا ما ينفق على بنته المذكورة بحال حاجة واضطرار ويخاف عليها الضياع، وأن فلاناً خطبها وبذل لها من المهر كذا وكذا، ويعلمونه كفؤا لها، وأن ما بذل لها من المهر مهر مثلها، ومن النظر تزويجها لما يخاف عليها من الضيعة كما ذكر ومن عامة ذلك كله بحسبه وتحققه ويعرف من ذكر قيد على ذلك شهادته فى كذا، وإذا ثبت هذا الرسم زوجت.

وتعقد فى إنكاحها ما نصه: هذا ما أصدق فلان زوجة فلانة أصدقها كذا وكذا نقداً وكالئاً النقد منه كذا برسم الحلول عليه إلى أن يبرأ منه بالبيان والكالئ كذا موخراً إلى أجل كذا ثم نقول أنكحه إياها بإذنها ورضاها القاضى بموضع كذا فلان وهى بكر بالغ فى حجر والدها الغائب وولايته خلو من الزوج

وعدة الوفاة حل للنكاح بعد الاستمار الواجب وبثبوت ما أوجبه شهد على القاضى بما فيه عنه من أشهده به وأشهده الزوج فلان بما فيه عنه وعرفه وبحال صحة وجواز وحضر استمار الزوجة وشاهدها كما يجب شرعاً وفى تاريخ كذا.

بيان: ذكر ابن أبى زمنين عن بعض الموثقين أنه قال: لابد أن يثبت الكفاءة فى الثيب كالبكر حكاه عنه ابن فتحون، وحكى أن القاضى أبا الوليد كان يأخذ بهذا القول وبكاف إثبات الكفاءة عنده، ويقول: إن كانت تملك نفسها فإذا دعت إلى غير كفء، لا يلزمنى أن أعينها على ذلك.

والكفاءة عند مالك: هى النسب والدين، وقال: ولا أنظر إلى المال، ولكن أنظر إلى النسب فإذا زوجت من ليس مثلها فى النسب لم يجز، وقال غيره: ينظر إلى المال، قال المازري: وفى مراعاة الفقر والحرية الأصلية فى الكفاءة قولان، وقال ابن القاسم فيمن دعت إلى زوج فأبى ولها إذا كان كفؤاً لها فى القدر والحال والمال زوجها السلطان، قال عبد الملك: وعلى هذا اجتمع أصحاب مالك، قال ابن بشير: لا خلاف منصوص أن للزوجة ولمن قام لها فسخ نكاح الفاسق. وسئل ابن زرب عن وليها لقوم نكحها رجل طارئ من أهل الشر والفساد فأنكر ذلك أولياؤها عليها، وذهبوا إلى فسخ النكاح، وكان قد بنى بها، فقال: لا سبيل إلى حل النكاح إن كان قد دخل بها، قيل له: فلو لم يدخل بها، فوقف وقال: الذى لاشك فيه أنه إذا دخل لم يفسخ والكفاءة حق للزوجة وللأولياء فإذا تركوها جاز، ووقع لأصبغ فى «النوادر»: أنه إذا زوج الأب ابنته

البكر من رجل سكير وفاسق لا يؤمن عليها لم يجز وليرده الإمام، وإن رضيت هى به، وذكر ابن أبى زمنين عن بعض الموثقين : لابد أن تثبت الكفاءة فى الثيب كالبكر، حكاه عنه ابن فتحون، وحكى أن القاضى أبا الوليد كان يأخذ بهذا القول ويكلف إثبات الكفاءة عنده، ويقول: إن كانت تملك نفسها فإنه إذا دعت إلى غير كفء لا يلزمنى أن أعينها على ذلك، وصدقات المثل هى صدقات نساء قومها إذا كن على مثل حالها من العقل والجمال والمال وفى زمانها أيضاً، قاله له ابن رشد، إذ قد تختلف الأحيان فى الصداق باختلاف الأزمان. قال: وقد تؤول قول مالك فى «المدونة» أنه لا ينظر إلى نساء قومها وليس بصحيح، والصحيح اعتبار نساء قومها ونساء قومها اللاتى يعتبرن فى ذلك أخواتها الشقائق، وللأب وعماتها الشقائق وللأب، ولا يعتبر صداق أمهاتها ولا خالاتها ولا أخواتها للأم ولا عماتها للأم لأنهن من قوم آخرين وذكر ابن فتحون أن المعتبر فى ذلك قدرها وجمالها وحالها ومالها، ولا ينظر إلى نساء قومها، وقال القاضى عبد الوهاب: صداق المثل يراعى فيه حال المرأة فى جمالها ويسارها وأبوتها وأقرانها، ومن يشبهها من عشيرتها وجيرانها كن من عصبتها أو من غير عصبتها، خلافاً للشافعى –رضى الله تعالى عنه– فى مراعاة العصبة.

قال ابن رشد: ومغيب الرجل عن ابنته البكر ينقسم على ثلاثة أقسام:

أحدها أن تكون غيبته قريبة.

والثاني: أن تكون غيبته بعيدة منقطعة.

والثالث: أن يكون أسيراً أو فقيداً فأما إذا كانت غيبته العشرة الأيام وما أشبه ذلك فلا خلاف أنها لا تزوج فى مغيبه، فإن زوجت فى مغيبه فسخ النكاح زوجها الولى أو السلطان، قاله ابن حبيب فى «الواضحة»، وأما إذا كانت غيبته بعيدة منقطعة مثل إفريقية أو طنجة أو الأندلس من مصر أو ما أشبه ذلك فاختلف فى ذلك على أربعة أقوال:

أحدها: أن الإمام يزوجها إذا دعت إلى ذلك، وإن كانت نفقته جارية عليها ولم يخف عليها ولا استوطن البلد الذى هو فيه وهو ظاهر قول مالك فى «سماع ابن القاسم» فى «العتبية» وفى «المدونة»، وقد تؤول ما فى «المدونة» من قوله فيها: وأما من خرج تاجراً وليس يريد المقام بتلك البلدة فلا يحكم السلطان على ابنته أنها لا تزوج إلا أن يستوطن ذلك البلد وهو القول الثاني.

والثالث: أنها لا تزوج إلا أن يستوطن ذلك البلد ويطول مقامه فيها العشرين سنة والثلاثين حتى ييأس من رجعته، وهو قول ابن حبيب فى «الواضحة»،

والرابع: أنها لا تزوج أبدا وإن طال مقامه، وهو ظاهر قول مالك فى كتاب «ابن المواز» أن الولى والإمام لا يزوجها إلا برضاها، وقول ابن وهب فى «العتبية»: ولا اختلاف بينهم إذا قطع الأب عنها النفقة وخشيت عليها الضيعة فى أنها تزوج وإن كانت قبل البلوغ، وإنما اختلفوا هل يزوجها هنا الولى دون السلطان فالمشهور أنه لا يزوجها إلا السلطان لأنه حكم على غائب، وقال ابن وهب: ومثله فى «كتاب ابن المواز» أن الولى يزوجها برضاها، وأما إن كان أسيرا أو فقيداً فلا اختلاف أن الإمام يزوجها إذا دعت إلى ذلك وإن كانت فى

نفقته وأمنت عليها الضيعة، ووقع لعبد الملك فى «كتاب ابن يونس» أن بنت المفقود لا تزوج إلا بعد أربع سنين، وفى كتاب «الاستغناء» المسجون والمطبق ليسا كالغائب البعيد الغيبة وإن طال أمده لأن خروجه يرجى فى كل حين وهما كالغائب الذى يعرف خبره فإن خرج بناهما بالليل والنهار حصرهما السلطان.

فصل

وأما البكر التى رشدها أبوها فلا تسقط نفقتها عنه حتى يدخل بها زوجها، وإن كان قد رشدها ولا يزوجها إلا برضاها، واختلف فى رضاها بالنكاح، فقيل: هو بصماتها، قاله ابن مغيث وغيره، وقال الباجى فى «وثائقه»: إذا رشد الأب ابنته وهى بكر فلا يزوجها إلا برضاها والسماع منها كالثيب.

فتعقد فى نكاحها ما نصه: أصدق فلان زوجة فلانة كذا وكذا نقداً وكالئاً النقد منه كذا قبضته، وصار بيدها وأبرأته منه، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا ثم تقول: أنكحه إياها بإذنها ورضاها وتفويضها ذلك إلى والدها، وهى بكر بالغ فى سنها مالكة أمر نفسها بترشيد والدها إياها خلو من الزوج وعدة الوفاة حل للنكاح، وشهد على الزوج والزوجة ووالدها بما فيه عنهم من أشهدوه به فى الصحة والجواز، وعرفهم فى كذا. وعلى ما ذكر ابن مغيث تضمن الشهادة على الزوج والولى والد الزوجة، وتقول: وحضر الاستئمار وشاهده كما يجب شرعاً وتضمن الشهادة عليها بقبض النقد وغيره مما يكون فى الصداق بالنطق على ما اختاره الشيوخ ما عدا رضاها بالنكاح، وقال ابن لبابة: إذا وقفت على

جميع ما فى العقد شيئاً بعد شيء وقيل لها: إن سكوتك رضا يلزمك به النكاح فالنكاح لزم لها وجميع ما فى العقد ولا يفسخ، وإن لم تنطق، وإذا رشد الولى محجورته هل تسقط ولايته عنها أم لا؟ قال ابن رشد: لا أذكر فى ذلك نص رواية، والذى يوجبه النظر أن ولايته عليها فى النكاح لا تسقط بتمليكه إياها كالأب.

إنكاح الأب والوصي للغير، والمحجور البالغ

تعقد فى ذلك: وبعدُ هذا كتاب نكاح العقد بين فلان بن فلان عاقده على ابنه الصغير فى حجره فلان أو على محجوره فلان بصداق كذا وتبنى على ما تقدم وتقول فى الشروط: وألزم فلان ابنه المذكور أو محجوره الزوج المذكور شرط كذا لما رأى له من المصلحة وجاء له من الغبطة، وشهد على الولى المنكح أو الوصى والزوجة أو والدها بما فيه عنهم فى كذا.

بيان: وللأب تزويج ابنه الصغير بغير إذنه وكذلك الوصى، وإن كان الوصى امرأة أو عبداً فيباشران العقد بأنفسهما بخلاف العقد على المرأة، وفى إنكاح الأب والوصى السفيه البالغ بغير أمره قولان كالمخالعة عليه.

أحدهما: أن ذلك لا يجوز إلا بإذنه واختياره وهو قول ابن الماجشون فى «الواضحة»، ودليل ما في إرخاء الستور من «المدونة»، والثاني: أن ذلك جائز عليه، وإن كان بغير أمره وهو قول ابن القاسم فى جنايات «العتبية»، وابن حبيب فى «الواضحة»، ولا يخلو الأب فى العقد على ابنه الصغير من ثلاثة أوجه: إما أن

يشترط الصداق على نفسه أو على ولده أو يطلق العقد، فإن اشترطه على نفسه لم يؤخذ به الابن لأن ذلك من الأب على وجه الحمل سواء صرح الأب بالحمل أو قال: أضمنه، وإن اشترطه على الابن فهو عليه إن كان موسراً، وإن كان معسراً، فقال ابن القاسم: يكون على الأب، وقال أصبغ على الابن بمترلة لو اشترى له سلعة وكتب الثمن عليه، قال: وإنما يلزم الأب إذا زوجه مبهما و لم يسم الصداق على أحد والابن عديم، قال ابن أبي زمنين: وعلى قول أصبغ هذا رأيت من اقتدى به من شيوخنا إذا تنبه على الابن برضا الزوجين وقال ابن مغيث في «وثائقه»: وهذا القول هو مذهب «المدونة» وبه الحكم، قال ابن رشد: يدخل هذا الخلاف في الكبير السفيه إذا كان فقيراً قياساً على إنكاحه، وإن أطلق العقد فيكون على الابن إلا أن يكون معسراً فيكون على الأب بلا خلاف، وقال ابن المواز: هو على الأب حتى يقول: لست منه في شيء، وإنما هو على الابن، والحمل إن كان في عقد النكاح أو عقد البيع مشترطاً في نفس العقد لم يفتقر إلى حيازة وهو لازم للحامل على كل حال، وإن كان بعد عقد النكاح أو بعد عقد البيع فهل يفتقر إلى حيازة أم لا؟ في ذلك قولان: وقولنا في الشروط أن الوالد ألزمه إياها على وجه النظر له، ولما يرجوه من الغبطة هو الصواب، وإن شئت كتبت التزامها على الابن، وإذا بلغ الابن قبل الدخول فلها الخيار في التزام الشروط أو الانحلال من النكاح، فإن دخل قبل البلوغ بطلت الشروط، وكذلك إن بنى بها بعد البلوغ وقبل أن يوقف عليها و لم يعرفها لم تلزمه، وإن بنى بها بعد البلوغ وبعد معرفته بالشروط لزمته، وقيل: لا تلزمه، ولابن وهب في «العتبية»: إن الصغير يلزمه ما عقده عليه أبوه من الشروط دخل

أو لم يدخل لأنه الناظر، قال ابن مغيث: ولابن القاسم فى «المدونة» ما يدل على ذلك، فإن لم يلتزم الابن الشروط وانحل النكاح فالفسخ فى ذلك بغير طلاق على الصحيح، قاله ابن رشد فى «نوازله»، واختاره، قال: وكذلك يسقط عن الابن ما التزمه من الصداق كما يسقط عن الزوج، وذكر ابن فتحون أن الفسخ فى ذلك يكون بطلقة، قال: وهل يلزمه نصف الصداق أم لا؟ فى ذلك قولان أحدهما: بأنه يلزمه، والثاني: أنه لا يلزمه، وهو الصواب وبه القضاء عندنا، فإن رضيت الزوجة بإسقاط الشروط لزمه النكاح ولم يكن سبيل إلى فسخه والرضا بذلك إنما يكون إلى الزوجة بكراً كانت أو ثيباً، حكاه ابن فتحون وهو الصحيح، وقد جعل غيره الرضا بذلك إلى والد البكر والصواب أن ذلك إليها دونه، وإن طلقها قبل العلم بما شرط عليه لم يلزمه شيء من الصداق، وقيل: يلزمه، ولا يرجع إلى الابن من الصداق شيء إذا اختار الفسخ وكان قد تحمله عنه أبوه أو غيره، ويسقط ذلك عن الحال، وحكى ابن مغيث عن ابن الماجشون نصف الصداق يرجع إلى الابن، وبه أخذ ابن حبيب، فإن التزم الابن الشروط، **فيكتب فى ذلك فى أسفل كتاب الصداق:** عقد أشهد فلان الزوج المذكور فوقه على نفسه أن النكاح المسمى فيه كان قد انعقد عليه وهو صغير بالشروط المذكورة فيه، وأنه لما بلغ الحلم وعلم أن له الخيار قبل البناء فى أن يمضى النكاح على الشروط المسماه فيه أو يسقطها عن نفسه وينفسخ النكاح اختار التزامها فألزمها نفسه بعد الوقوف عليها ومعرفته بها، وأمضاها اغتباطاً منه بالنكاح ولما يرجوه من استجلاب مودة زوجته المذكورة فيه، وشهد على إشهاده بذلك من عرفة بكذا، وإن أبى من التزمها **كتبت فى ذلك:** عقد أشهد فلان على نفسه أنه

لما بلغ الآن سن الحلم وملك أمر نفسه، ووقف على الشروط المسماة فيه، وعلم أن له الخيار فى أن يلتزمها ويمضى النكاح المسمى عليها أو يردها وينحل النكاح أبى من التزامها الإباية الكلية، وامتنع من ذلك وانفسخ بذلك النكاح المذكور فيه إذا كان والده قد عقده عليه وهو صغير حسبما ذكر فوقه بمحضر زوجته المذكورة فيه وعلمها بذلك وأشهد الزوجان المذكوران بما فيه عنهما فى كذا، وإن رضيت الزوجة بإسقاط الشروط، **كتب فى ذلك**: عقد لما بلغ الزوج فلان المذكور أعلاه قبل بنائه على زوجته المذكورة فيه، ووقف على الشروط المسماة فيه، وذهب إلى الإباية من التزامها، وفسخ النكاح بذلك خير زوجته فلانة المذكورة فى البناء معه على إسقاطها فاختارت إسقاط الشروط وإبقاء الزوجية بينهما بلا شرط، ورضيت بذلك الرضا التام وأمضته، ولزم بذلك زوجها المذكور البقاء معها على الزوجية التى عقدها عليه أبوه دون شرط بموافقة الزوج المذكور على ذلك وعليه، وشهد على الزوجين المذكورين بما فيه عنهما من أشهداه به، وعرفهما، وفى كذا.

فصل

فإن نكح المحجور بغير إذن وليه فللولى فسخه متى علم بذلك وإبطاله فى قول مالك –رضى الله تعالى عنه– وأصحابه، قال ابن مغيث: وبه الحكم وسواء دخل بها أو لم يدخل، **ويكتب فى ذلك عقد**: أشهد فلان الناظر على فلان بن فلان الزوج المذكور فى كتاب الصداق أعلاه أو بمقلوبه بعهد أبيه إليه أن محجوره المذكور كان قد انعقد النكاح المسمى فيه بينه وبين فلانة الزوجة

المذكورة فيه بغير إذنه ولا علمه، وأنه لما علم به الآن تبقيه فألقاه لمحجوره المذكور غير نظر ولا سداد فى وجوهه كلها ففسخه، وحله بطلقة واحدة، واسترجع ما كان المحجور قد دفعه إلا ربع دينار تركه للزوجة لما استحل منها إذا كان قد دخل بها، وأسقط عن المحجور المذكور ما كان قد بقى عليه من الصداق، وأشهد على الوصى فلان المذكور بما فيه عنه من عرفه، ويعلم الإيصاء بمحضر الزوجين وعلمهما بذلك فى كذا، وإن كان نظر له فيه فأجازه فيكتب فى ذلك عقد: أشهد فلان بن فلان الناظر على الزوج المذكور فى كتاب الصداق فوقه المسمى بكذا بعهد أبيه به إليه أن محجوره المذكور كان قد انعقد نكاح بينه وبين زوجه المذكورة فيه بغير أمره ودون رأيه، وأنه وقف الآن على جميعه فألقاه لمحجوره المذكور سداداً ونظراً فأمضاه، وجوزه وأنفذه، وشهد على إشهاد الموصى المذكور بذلك من عرفه فى كذا.

بيان: إن ضمنت معرفة السداد فى العقدين فحسن وإلا ففعل الوصى محمول على السداد فى الفسخ والإمضاء، وللولى فسخ النكاح علم بذلك أم لا يعلم ما لم يدخل بها الزوج وتطول إقامته معها، قال ابن رشد فى «مسائله»: وإذا لم يحضر الولى العقد، وإنما اتصل به بعد أن عقده السفيه بغير أمره فلم يقض فيه برد ولا إجازة حتى مات السفيه فهو بمنزلة إذا لم يعلم به حتى مات إلا أن يكون دخل بعلمه فيكون ذلك إجازة منه، وقال الفقيه أبو إبراهيم فى «مسائله»: كل ما عقده اليتيم على نفسه بعلم الوصى وشهادته بما هو نظر لليتيم فذلك لازم لليتيم وواجب عليه نكاحاً كان أو شراء أو بيعاً أو غير ذلك من مصالحه، وما كان من ذلك كله ليس بمصلحة ولا غبطة لليتيم فهو لازم للوصى بتضيعه

وتقصيره فى منعه مما ليس بمصلحة لليتيم، وقد نزل ذلك عندنا فأشرنا على القاضى بذلك إلا رجل منّا فإنه رأى أن ذلك غير لازم لليتيم ولا للوصي، ورأى أن ذلك من الوصى مسقطة توجب عزله عن اليتيم ولا توجب عليه الضمان، وهذا عندنا ضعيف لأن الوصى أمين، وكل أمين إذا ضيع أمانته أو تعدى فيها فهو ضامن لها، وذكر الأبهرى أن سكوت الوصى إذا رأى محجوره يبيع ويشترى ليس برضا ولا يلزمه ذلك، وكذلك الصغير بمحضر أبيه، وفى كتاب «الاستغناء» نحو ما ذكره الأبهرى فى الوصى، وقولنا فى عقد الفسخ: «إنه ترك لها ربع دينار» هو قول ابن نافع، وبه جرى العمل، وروى عن ابن القاسم: أن ذات القدر يترك لها باجتهاد على قدر حالها ولا يبلغ أن يكون صداقاً تاماً، و لم يحد مالك فى ذلك حداً، وقال ابن الماجشون: لا يترك لها من الصداق قليل ولا كثيرا، فإن طلقها قبل الفسخ نفذ الطلاق عليه ولحق به الولدان كأن قد دخل بها، ويدرأ عنه الحد، وإن مات أحد الزوجين قبل الفسخ فروى أصبغ عن ابن القاسم أنه قال: إن مات هو فلا ترثه، وإن ماتت هى فالنظر إلى وليه إن رأى أن يثبت النكاح ويأخذ بدله الميراث أخذه، وإن رأى أن يرده رده وتركه ومثله قال سحنون: قال ابن رشد: ومعنى ذلك أن النكاح يرتفع بموت السفيه، ولا يرتفع بموت السفيه، ولا يرتفع بموت الزوجة، فإذا مات هو لم يكن لها صداق ولا ميراث لكون النكاح محمولاً على الرد حتى يجاز، وإن ماتت هى نظر له الوصى وقد يكون الصداق أكثر من الميراث فيكون له الحظ فى رد النكاح، قال: وفى المسألة ثمانية أقوال:

أحدها: ما تقدم وهو قول مطرف وابن الماجشون.

والثاني: أنهما يتوارثان ويمضى الصداق، حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم. والثالث: أنهما لا يتوارثان ويبطل الصداق إلا أن يدخل فيكون لها منه ما تحل به. والرابع: أن الميراث بينهما ثابت، ويبطل الصداق إلا أن يكون دخل بها فيكون لها قدر ما تحل به وهو قول ابن القاسم فى العشرة. والخامس: أن الميراث بينهما، وينظر فى النكاح فإن كان نكاح غبطة كان لها الصداق دخل بها أو لم يدخل، وإن كان غير ذلك بطل الصداق إلا أن يدخل فيكون لها قدر ما تحل به وهو قول أصبغ، والسادس: أن الميراث بينهما ويبطل الصداق إن كان الزوج هو الميت، وينظر فى النكاح إن كانت الزوجة هى الميتة فإن كان نكاح غبطة كان لها الصداق، وإن كان غير ذلك بطل الصداق إلا أن يدخل فيكون لها قدر ما تحل به. والسابع: أن الميراث بينهما، ويثبت الصداق إن كان الزوج هو الميت، وينظر فى النكاح إن كانت الزوجة هى الميته على ما ذكر فى القول قبل هذا. والثامن: أنه ينظر فى النكاح فإن كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولى أجازه كان الميراث بينهما ووجب الصداق، وإن كان غير ذلك لم يكن بينهما ميراث ولا صداق إلا أن يدخل فيكون لها قدر ما تحل به، قال فى «مسائله»: والذى أختاره وأتقلد الفتوى به إذا كان الزوج هو الميت أن ينظر فى النكاح فإن كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولى أجازه كان لها الصداق والميراث، وإن كان على غير هذه الصفة لم يكن لها ميراث ولا صداق إلا أن يكون قد دخل فيكون لها قدر ما تحل به، وإن لم يوفه بالنكاح ولم ينظر فيه الولى حتى خرج الزوج من الولاية لم يفسخ النكاح فى قول ابن القاسم، ومثل ذلك حكى ابن محرز فى «تبصرته» عن إسماعيل القاضي: أن المولى عليه إذا تزوج بغير إذن وليه

فلم يعلم به الولى حتى ترشد المولى عليه أن النكاح ثابت، قال: وكذلك وجدت لابن الماجشون فى أصوله فيما باع المولى عليه أو اشترى أن رشده يمضى أفعاله، وقد كان يشبه أن يعود ما كان بيد وليّه من ذلك إليه فيجيزا ويرد، وذكر القاضى أبو الوليد بن رشد فى «كتاب المأذون» من «المقدمات» خلاف ذلك وأنه يكون له الخيار بعد ملكه أمر نفسه، ولم يحك فى ذلك خلافاً، وفى «النوادر» لمالك –رضى الله تعالى عنه– وأدخله ابن سهل فى كتابه: أن لورثة المولى عليه أن يردوا ما صنع فى ولايته عما كان يكون له لو ولى أمر نفسه ما لم يترك بعد أن يلى نفسه بما يعلم أنه رضي، ومثله لمطرف وابن الماجشون خلاف قول ابن القاسم وأصبغ.

إنكاح العبد والأمة والمكاتبة ونكاح الكتابية والبكماء

تعقد فى نكاح العبد والأمة: هذا ما أصدق فلان مملوك فلان بإذن سيده فلان المذكور فلانة مملوكة فلان بن فلان أصدقها كذا وكذا نقداً، وكالئاً النقد منه كذا قبضه لها سيدها المذكور، وصار بيده ليحوزها به إليه، وأبرأ منه، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا، والتزم لها من الشروط كذا، تذكر من ذلك ما يقع الاتفاق عليه، ثم تقول: أنكحه إياها سيدها المذكور دون مؤامرتها بما وجه لها من ذلك وهى بكر حل للنكاح أو ثيب مستبرأة منه إذا كان وطئها حل للنكاح وشهد على فلان سيد العبد المذكور، والمنكح للزوجة سيدها

المذكور بما فيه عنهما من أشهداه به وعرفهما وبحال صحة وجواز وأشهده الزوج المملوك المذكور بما فيه عنه فى كذا.

وتعقد فى نكاح العبد للحرة: أصدق فلان مملوك فلان بإذنه زوجته فلانة بنت فلان كذا وكذا نقداً، وكالئاً النقد منه كذا، والكالئ كذا، وتبنى على ما تقدم من الشروط فى الزوجات الحرائر وغيرها، ثم تقول إن كانت بكراً مهملة: أنكحها إياها بإذنها ورضاها أخوها شقيقها فلان وهى بكر بالغ فى سنها يتيمة مهملة خلو من الزوج وحدة الوفاة حل للنكاح، وبعد أن استؤمرت فى ذلك وأعلمت بالناكح والمهر وأن إذنها فى هذا النكاح إنما هو نطقها فنطقت وأفصحت بالرضا، وشهد على فلان سيد العبد وأخى الزوجة المذكورين بما فيه عنهما من أشهداه به وعرفهما وبحل صحة وجواز، وحضر الاستئمار وشاهده كما يجب، وسمع نطقها بالرضا مفصحة به، وأشهده الزوج المذكور بما فيه عنه فى كذا فإن كانت ثيباً فتضمن الشهادة عليها:

وتعقد فى نكاح الحر للأمة: أصدق فلان بن فلان مملوكة فلان كذا وكذا نقداً وكالئاً النقد منه كذا قبضه لها سيدها المذكور ليجهزها به إليه وأبرأ منه، والكالئ كذا مؤخراً إلى أجل كذا، والتزم لها من الشروط كذا ثم تقول: أنكحه إياها سيدها المذكور بما وجب له من ذلك دون مؤامرتها وهى بكر أو ثيب مستبرأة حل للنكاح وشهد على الزوج والسيد المنكح المذكور بما فيه عنهما ممن أشهداه به وعرفهما وبحال الصحة والجواز، وفى كذا.

بيان: وللسيد تزويج مماليكه الذكور والإناث بغير رضاهم، ويجبرهم على ذلك، وكذلك المدبرة وليس له ذلك فى المكاتبة والمعتقة إلى أجل ولا الأمة يكون بعضها حراً وبعضها مملوكاً، ولا يزوج هؤلاء إلا برضاهن وكذلك أم الولد لا يزوجها إلا برضاها مع أنه يكره له ذلك، وقيل: له إكراهها على التزويج وهو فى «المدونة»، وإن أراد السيد أن يتزوج أمته أو أم ولده أو غيرهما ممن له فيه شعبة رق، فلا يجوز له عقد النكاح عليها حتى يبتّل عتقها، وليس له إذا عقد النكاح على عبده أن يطلق عليه إلا أن يكون صغيراً فيطلق عليه بشيء يأخذه له، ولا يجوز على غير ذلك، وإن كان العبد كبيراً فالطلاق له دون سيده يطلق كيف شاء فإن طلق زوجته رجعية فله ارتجاعها، وإن كره ذلك سيده أو سيد زوجته إن كانت أمة وطلاقه ثنتان، وهل له أن يتزوج أربعاً أم لا؟ فى ذلك قولان.

أحدهما: أنه يتزوج أربعاً حرائر كن أو إماء، وهو المشهور من مذهب مالك وأصحابه، وروى ابن وهب أنه لا يتزوج إلا اثنتين على النصف من الحر، ولابد للسيد أن يفرض المهر فى عقد نكاح مملوكه فى ماله أو فى مال مملوكه، فإن لم يذكر ذلك ولا بين فى مال من هو فهو على العبد دون السيد وعلى سيد الأمة أن يجهزها بما قبضه لها من الصداق، وقيل: له أخذه بجملته إذ هو ما لها، وقيل: يأخذه الأربع دينار منه فإنه يتركه لها، والشروط لازمة للعبد إذا التزمها فى عقد النكاح، والإشهاد بها إنما يكون على العبد إذ ليس للسيد أن يلزمه بشيء منها، قال بعضهم: لا يعقد عليه منها إلا طلاق من يتزوج إذ لا يلزمه عتق السرية ولا

شرط المغيب ولا غير ذلك من الشروط، وقال غيره: تعقد عليه جميعاً لأنه قد يعتق وزوجته فى عصمته فتلزمه فعقدها عليه جائز إن التزمها.

ويكتب فى ذلك ما نصه: والتزم طائعاً متبرعاً أن لا يتزوج عليها، ولا يتسرى معها، ولا يتخذ أم ولد وإن فعل شيئاً من ذلك فأمرها بيدها والداخلة عليها بنكاح طالق، والسرية عند وجوب العتق لهذا الزوج بيد زوجته المذكورة، إن شاءت باعت، وإن شاءت أعتقت، وأم الولد حرة عند ذلك لله تعالى، وإن لم يلتزم العبد المهر ولا شيئاً من الشروط لم يحتج إلى ذكره فى الإشهاد، ولا يجوز فى نكاح المملوكة أن يشترط أن الولد حر فإن فعل ذلك فسخ النكاح قبل البناء وبعده بلا خلاف، قال ابن رشد: وقد يدخل الخلاف فى فسخه بعد البناء من مسائل غيرها والمعتبر فى رق الأولاد أمهاتهم دون آبائهم، فإن كانت الأم مملوكة فهو مملوك لسيدها سواء كان والده حراً أو عبداً، وقولنا فى صداق البكر إذا تزوجها العبد أنها نطقت بالرضا هو الصواب لأنه عيب فلابد من نطقها بالرضا به، وكذلك إن كانت بكراً ذات أب فلابد من النطق بالرضا إذا كان زوجها عبداً، وقال ابن فتحون: لا يحتاج إلى نطقها، وهو خلاف السنة وكذلك ليس للسيد جبرها على نكاح العبد، ولا يزوجها إلا برضاها، وقيل: له جبرها وعلى العبد نفقة زوجته الحرة وكسوتها طول بقائها فى عصمته من كسبه، ولا يمنعه سيده من ذلك، فإن كان لها عليه كالئ قضى به فيما وجد له من مال ما اكتسبه من تجارة أو هبة، ولا يقضى به عليه فى عمل يديه، ولا فى مال سيده، فإن ولد له منها أولاد لم تلزمه النفقة عليهم وهم أحرار من فقراء المسلمين، وإن طلقها لم يكن لها عليه نفقة ولا لأولاده منها، وإن كانت الزوجة

فنفقتها كذلك على زوجها حراً كان أو عبداً بوأها السيد معه ببيت أو لم يبوئها. وقال أشهب: لا نفقة لها على الزوج بحال وهي على سيدها، وقيل بالفرق بين أن يبوأها سيدها مع زوجها بيناً فتلزم الزوج أو لا يبوأها فتسقط النفقة عن الزوج وروى عن مالك –رضى الله تعالى عنه- أنها على من ثبتت عنده من زوج أو سيد، وقال عبد الملك: نفقتها على الزوج فى حين كونها عنده وعلى السيد إذا انصرفت إليه وكانت عنده سواء كانت فى الليل أو فى النهار، وليس للمكاتب ولا من فيه شعبة رق أن يتزوجوا إلا بإذن سادتهم ذكراناً كانوا أو إناثاً، فإن تزوج العبد أو المكاتب أو من فيه شعبة من الرق من الذكران بغير إذن سيده فللسيد فسخه أو إجازته، قال أبو الفرج: والقياس أن لا يصح، وإن أجاز. **فيعقد فى ذلك عقد** أشهد فلان بن فلان على نفسه أن مملوكه فلاناً أو مديره أو مكاتبه كان عقد النكاح المسمى بكذا بغير إذن، وأنه وقف الآن عليه وعلم به فأمضاه وجوزه وقطع الاعتراض فيه بكل وجه ومعنى، وشهد عليه بما فيه عنه فى كذا، وإن فسخه **فيكتب فيه عقد**: أشهد فلان بن فلان على نفسه أن مملوكه فلاناً كان عقد النكاح المسمى بكذا بغير إذنه، وأنه علم الآن به ووقف عليه ففسخه بطلقة واحدة واسترجع ما كان قد دفعه إليها من الصداق إلا ربع دينار منه فإنه ترك لها إذا كان قد دخل بها، وأسقط عن مملوكه المذكور سائر ذلك، وأمضى ذلك وأنفذه بمحضر الزوجة أو والدها وعلمها بذلك، وأشهد بذلك على نفسه فى كذا، وهل للسيد فسخ هذا النكاح بالبتات أم لا؟ فى ذلك قولان. قال ابن رشد: وإن دخل العبد بزوجته فعلم السيد وسكت ولم ينكر فإنه يسقط حقه فى التفريق بينهما، ولا يدخل فى ذلك الخلاف الذى فى

السكوت هل هو رضا أم لا؟ وإن باعه السيد قبل علمه بنكاحه فهل يكون له فسخه وهو فى غير ملكه أم لا؟ فى ذلك قولان كالشفعة وإن وهبه أو أعتقه فليس له ذلك، وإن أراد المشترى الفسخ لم يكن له ذلك وهو القيام به إن كان لم يعلم به، وكذلك كل من صار إليه بعوض أو بغيره ليس له فسخ النكاح كالمشتري، وفى ذلك اختلاف، وأما الوارث فله ذلك بلا خلاف، وإن عتق العبد فهل يكون له ذلك أم لا؟ فى ذلك اختلاف أيضاً، ورجح بعضهم أنه ليس له ذلك، وللزوجة اتباعه بعد العتق بالصداق بخلاف المحجور إلا أن يسقطه السيد عنه فى حين فسخ النكاح فلا يكون لها اتباعه بذلك، وأما الأمة إذا تزوجت بغير إذن سيدها فالنكاح فاسد ولا يصح، وإن أجازه السيد إذا باشرت العقد بنفسها وإن قدمت لذلك رجلاً عقد عليها ففيها روايتان:

إحداهما: أنه لا يصح أصلا.

والأخرى: أنه يجوز بإجازة السيد ويبطل برده، وإذا عتقت الأمة تحت العبد فلها الخيار إن شاءت أقامت مع زوجها وإن شاءت فارقته، فإن اختارت الفراق فيكتب فى ذلك عقد: أشهد فلانة الزوجة المذكورة فى كذا على نفسها أنها لما عتقت تحت زوجها المذكور معها فيه وهو مملوك، وعلمت أن لها الخيار فى المقام معه أو الفراق فاختارت الفراق، وطلقت نفسها عليه طلقة واحدة بعد البناء أو قبله أو اثنين بانت بهما منه على ما أوجبت لها السنة فى ذلك، وشهد على إشهادها بذلك فى كذا فإن عتقت تحت حر فلا خيار لها، وإن تزوج الحر الأمة على زوجته الحرة ففى ذلك قولان:

أحدهما: أنه يكون لها الخيار فى نفسها وفى رد نكاح الأَمة أو إقراره.

والثاني: أنها إنما يكون لها الخيار فى أن تقيم معه أو أن تفارقه، وهو قول ابن القاسم، فإن اختارت الفراق فيكتب فى **ذلك عقد**: شهدت فلانة على نفسها أن زوجها فلاناً تزوج عليها بغير إذنها مملوكة فلان، وأنها لما علمت بذلك أبت المقام على ذلك فطلقت نفسها عليه طلقة واحدة ملكت بها أمر نفسها بما وجب لها من ذلك شرعاً، وشهد على إشهادها بذلك فى كذا، ولا يكون طلاق هذه الحرة التى تزوج عليها زوجها إلا واحدة تبين بها منه، وأما الأمة إذا أعتقت فلها أن تطلق واحدة ويكون لزوجها الرجعة إن عتقت فى عدتها، وإن كانت بائنة، وهل يكون لها أن تقضى باثنين طلاق العبد أم لا؟ فى ذلك روايتان المشهور منهما أن ذلك لها ولا يتزوج الحر الأمة إلا أن لا يجد طولاً وهو ما ينكح به الحرة من المال ويخشى العنت وهو الزنا، فإن لم يكن كذلك فهل يجوز له نكاحها أم لا؟ فى ذلك روايتان عن مالك -رضى الله تعالى عنه- إحداهما: أن ذلك لا يحل له والثانية: أن ذلك جائز، قال ابن القاسم: وهو آخر ما فارقته عليه ولا يحل نكاح الأمة الكافرة لمسلم حراً كان أو عبداً.

فصل

تعقد فى نكاح الكتابية مثل ما تعقد فى نكاح الحرائر المسلمات فى المهر والشروط وغير ذلك، فإن لم يكن لها ولى عقد نكاحها أساقفة أهل دينها، فتقول: أنكحه إياها أخوها فلان أو ابن عمها فلان أو الأسقف فلان، وتبنى على ما تقدم فى الأنكحة من تضمين الشهادة على الزوجين والولى وغير ذلك، ولا يعقد نكاحها سلطان ولا ولى مسلم وإن كانت ساكنة بين أظهر المسلمين فأولياؤها أحق بالعقد عليها إلا أن يأبوا العقد عليها فيعقد عليها نكاحها السلطان، قال ابن زرب: وإذا منع الذمية أهل دينها من النكاح لزم السلطان أن يجبرهم على إنكاحها لأن منعهم لها من الظلم، وإن ذهبت إلى نكاح مسلم لم يجبرهم على العقد عليها، وإن كانت الكتابية معتقة لأحد من المسلمين أو مسبية أو مستأمنة فأمرها إلى السلطان وهو يعقد نكاحها، ولا يجوز نكاح المجوسيات وسئل أبو إسحق التونسى فى رجل تزوج امرأة من الشيعة، فقال: الشيعة على ضربين قوم يفضلون عليا على أبى بكر فهذا لا يصح القول بتكفيره، وتجوز مناكحته، ويبين له خطؤه حتى يرجع إلى الصواب، وقوم يفضلون عليا ويسبون غيره فهؤلاء كفرة لا تحل مناكحتهم وهم بمنزلة الكفار والمجوس، ومن ترك نكاح الكتابية فهو أحسن قال مالك -رضى الله تعالى عنه- وهو أحب إلى من غير تحريم، ولا يجوز نكاحها إذا كانت حربية، وروى عن مالك -رضى الله تعالى عنه- أنه كره، وقال: يترك ولده يتنصر فإن تزوجها، فقال ابن القاسم: أرى أن يطلقها من غير قضاء عليه فى ذلك، ولا يكون الشهود فى ذلك المسلمين، وكذلك أنكحة أهل الكتاب التى تنعقد بينهم لا

يحكم فيها إلا بشهود المسلمين، قال بعضهم: ويكره عقد أنكحتهم على شروط المسلمين، وأن يحضر ذلك المسلمون، ويوقعوا فيها شهادتهم لأنهم إذا أسلموا لم يلزم شيء من ذلك، وترك ذلك أحسن، فإن كتبت لهم فتكتب عـدة المهـر وتسمية الناكح والمنكح وتختصر القول، ولا تذكر فريضة الله تعـالى ولا سـنة رسوله. وفى كتاب «الاستغناء»: ولا بأس أن يحضر وليمة اليهودى ويأكل منها بعد أن يحلفه أنه لم يتزوج أخته ولا عمته، وإذا تزوج الرجل امرأة نصرانية ولم يعلم فلا حجة له فى ذلك حتى يشترط أنها مسلمة أو يعلم أنه إنما تزوجها على أنها مسلمة، وتعقد فى نكاح الصماء والبكماء مثل ما تقدم ثم تقول بعد التاريخ: وكان إشهادها بذلك بالإشارة المفهومة عنها المعلوم منها مرادها إذ هى صماء بكماء بعد تكرار ذلك المرة بعد المرة وعلم شهوده برضاها بذلك، والتزامها ما ذكر، وتحققهم ذلك منها بالإشارة كما ذكر فى التاريخ، وكـذلك تعقـد فى نكاح الأصم والأبكم، وفى البيوع، وغير ذلك، وإن كان مع ذلك أعمى فـلا تصح عليه الشهادة بحال فى بيع ولا غيره لأنه لا تصح منه الإشارة، ولا يفهـم عنه إشهاد.

نكاح التفويض والإيجاب وتحديد عقد الصداق إذا ضاع

تعقد فى نكاح التفويض: وبعد فهذا كتاب نكاح العقد بين فلان وفلان فى ابنته البكر فلانة دون تسمية صداق على حكم نكاح التفويض وسنته، والتزم لها من الشروط كذا، وتبنى على ما تقدم فى نكاح البكر إن كانت بكراً، وفى نكاح الثيب إن كانت ثيباً، وهذا النكاح جائز من غير تسمية صداق إلا أن

يشترط إسقاطه فلا يجوز ويسميانه عند البناء، فإن تشاحا فيه كان لها صداق مثلها، وللزوجة منعه من الدخول حتى يسمى لها فإن أبى أن يعطها صداق مثلها قبل الدخول فسخ النكاح بطلقة ولم يكن لها عليه مهر، وبعده يحكم عليه بصداق المثل.

وتعقد فى الإيجاب: أوجب فلان لفلان النكاح فى ابنته البكر فلانة بكذا وكذا نقداً وكالئاً وتبنى على ما تقدم فى الأنكحة وتذكر الشروط وغير ذلك ثم تقول أوجب له فيها النكاح والدها أو وليها فلان، وتعقد الإيجاب على الموجب والموجب له والزوجة إن كانت ثيباً أو بكراً زوجها غير والدها، وهذا الإيجاب جرت العادة بعقده عند تمام النكاح والفراغ من الخطبة لربط النكاح بالإشهاد عند إرادتهم لتأخير كتاب عقد النكاح عند البناء أو إلى وقت يختارونه ولا فرق بينه وبين النكاح إلا فى اللفظ خاصة، وإن احتزى به عن عقد النكاح، وفى الدخول جاز وإذا أوجب الرجل النكاح فى وليته بغير إذنها وهى بعيدة عنه أو قريبة فتأخر إعلامها بذلك فلا يجوز النكاح، وإن أجازته باتفاق من قول مالك وجميع أصحابه، قيل: ما لم يدخل وهو ظاهر قول ابن القاسم، وقيل: ما لم يطل بعد الدخول وهو قول ابن القاسم أيضاً، وقيل: يفسخ أبدا وإن طال وهو قول أصبغ، وأما إذا زوجها بإذنها ففى ذلك ثلاثة أقوال أحدها: أن ذلك جائز إذا كانت قريبة وأعلمت بالقرب وهو المشهور.

والثاني: أنه جائز فى القرب والبعد، والثالث: أنه لا يجوز قرب أو بعد إلا أن تكون حاضرة مقيمة معه بالبلد فيزوجها بإذنها، وفسخ ما لم يدخل، واختلف

فى حد القرب والبعد، فقال أصبغ وسحنون: اليوم واليومان، وقال عيسى بن دينار: ذلك مثل أن يعقد النكاح فى السوق أو المسجد ثم يسار إليها من ساعته، والشهادة شرط فى النكاح قبل البناء، فإن عقدا بغير بينة ثم أشهدا بعد ذلك وقبل الدخول جاز، فإن وقع الدخول قبل الإشهاد لم يصدقا على النكاح صدقهما الولى أو كذبهما، ولم يصح النكاح، وإن أقرا بالوطء لزمهما الحد على ما قال فى «المدونة» ، وقيل: يعاقبان ولا يحدان، فإن كان النكاح والدخول شائعاً مشهوراً سقط الحد باتفاق، وثبت النكاح، وفى «مقالات ابن مغيث»: إذا شهد للزوج بالسماع الفاشى المستفيض على ألسنة أهل العدل وغيرهم أنه تزوجها بنقد وكالئ مبلغه كذا برضا وليها فلان فإن زوجيتهما ثابتة، مثله فى «وثائق ابن فتحون»، قال ابن رشد: وإذا تقارر الرجل والمرأة على النكاح ولم يقم على أصله بينة وهما غير طارئين فلا يخلو الأمر عن وجهين:

أحدهما: أن تكون المرأة فى ملكه وتحت حجابه.

والثانى: أن تكون بائنة عنه منقطعة.

فأما إذا كانت فى ملكه وتحت حجابه فالميراث بينهما قائم والزوجية ثابتة إذا طال كونه معها واشتهر الأمر لأنه إذا لم يطل ولم يشتهر فوجوده معها ريبة توجب عليها الأدب، وإلا حدّا إن أقرا بالوطء على الاختلاف فى ذلك، وكذلك إن لم يعلم منهما إقرار لأن كونها فى ملكه وتحت حجابه كالإقرار منهما بالنكاح أو أقوى، وأما إذا كانت بائنة منه منقطعة فإن شهد فيه بالسماع وطال الأمر مدة يبيد الشهود فيها ففي ذلك قولان، قيل: إن الشهادة فى ذلك

بالسماع عاملة، وقيل: لا تجوز، وأما إذا لم يمض من المدة ما يبيد فيه الشهود وتجوز فيه شهادة السماع فلا اختلاف فى أن الميراث لا يكون بينهما ولا يثبت النكاح إلا أن تقوم بينة على أصله.

فصل

وإذا ضاع عقد الصداق وذهب الزوجان إلى تجديده فإما أن يكونا بلديين أو غريبين، فإن كانا بلديين فتكتب لهما **عقد**: يعرف شهوده فلاناً وفلانة بالعين والاسم معرفة تامة ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها إلى أن طلقها منذ كذا طلقة واحدة ثم تراجعا منها، واتصلت الزوجية بينهما بغير طلاق وقع بينهما سوى الطلقة المذكورة حتى الآن، وقيدوا بذلك شهادتهم فى كذا، فإذا ثبت هذا كتبت فى أسفله **عقد**: أشهد فلان الزوج المذكور أعلاه على نفسه قولاً بالحق وإيثاراً له ورغبة فيه أن زوجته فلانة المذكورة فيه ذكرت له أن كتاب صداقها المنعقد بينهما ضاع لها وسألته تجديده فأجابها إلى ذلك لما لزمه من القول بالحق والإذعان إليه وأقر بصحة زوجتهما كما ذكر فيه، وأنه كان لها فى كتاب صداقها من النقد كذا ومن الكالئ كذا مؤخر عنه إلى أجل كذا أو حال عليه لحلول أجله ومن الشروط كذا نصفها على حسب ما كانت فى كتاب الصداق، ثم تقول: وبحضرها وموافقتها على ذلك وتصديقها إياه فيما ذكر، وأنها لم يكن لها فيه غير المسمى، وشهد على إشهادهما بما ذكر فى كذا، فإن عرف شهود هذا الرسم أصل الزوجية ضمنتها فيه ولم يحتج إلى عقد الاسترعاء المذكور قبل هذا، وإن كانا غريبين فهما مصدقان فيما يدعيانه من

الزوجية ويكتب بينهما تجديد الصداق بإشهادهما به حسبما تقدم فى هذا الرسم، وتزيد فيه: أنهما غريبان، ولا يحتاج إلى تعيين معرفة أصل الزوجية بينهما ولا إلى الاسترعاء المذكور بخلاف البلدين.

والمرأة الطارئة إذا قدمت فى الرفقة من بلد بعيد وادعت أنها دون زوج وخشيت العنت فإن السلطان يزوجها ولا يكلفها البينة على أنها لا زوج لها، ولكن يسأل عنها صلحاء أهل الرفقة، فإن استراب شيئاً من أمرها تركها، فإن كانت طارئة على البلد مقيمة فيه فلا يزوجها حتى تأتى بالبينة على أنها طارئة وأنها لا زوج لها ولا ولى، ولا يكون ذلك فى غير الطارئة حتى يثبت طلاق زوجها لها أو موته، والفرق بينهما أن الطارئة تصدق فى الزوجية، ولا تصدق المقيمة، وكذلك فى دعواها أنها دون زوج.

ويكتب فى ذلك **عقد**: يعرف شهوده فلانة بنت فلان، ويعلمون أنها طرأت على مدينة كذا وكذا دون زوج، واتصلت إقامتها بالموضع المذكور كذلك دون زوج يعلمونه تزوجها حتى الآن، ولا يعلمون أنها فى عصمة زوج، ولا أن لها ولياً يعقد نكاحها إلا القاضي، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، وإذا نعى إلى المرأة زوجها فتزوجت من غير بينة ثم جاء زوجها فإنها ترد إليه، وإن طالت المدة وولدت الأولاد، قال أبو عمران: ولو ثبت موته عندها برجلين فتزوجت ولم يظهر خلافه لم يفسخ إلا أن يكونا غير عدلين أو لم يعلم ذلك إلا بقولها فإنه يفسخ، وذلك بخلاف امرأة المفقود، فإنه إذا جاء زوجها وقد تزوجت فإن كان لم يدخل بها ردت إليه على المشهور الذى رجع إليه مالك، وقيل: العقد

فوت فلا ترد إليه، وكذلك الذى طلق زوجته ثم ردها ولم تعلم بالرجوع فتزوجت فإنها لا ترد إليه إن دخل بها الثاني.

إيراد الأب أو الوصى أو الولى ببيت بناء المرأة ما يجهزها به من الشوار من نقد أو نحلة أو غير ذلك

تعقد فى إيراد الأب: أورد فلان بن فلان بيت بناء بنته فلانة مع متزوجها فلان أسباباً تذكر بعد، فمن ذلك نحلة بكذا وثوب بكذا تذكر الأسباب بقيمتها فإذا كملت، قلت: انتهت الأسباب، وتحمل فى قيمتها بتقدير أهل البصر والمعرفة بها كذا وكذا ديناراً من سكة كذا يدعى الأب منها كذا وكذا ديناراً عما نحله إياها فى كتاب صداقها من شوار، ويدعي منها كذا وكذا ديناراً عن نقدها إذا قبضه لها والدها ووضعه فيما ذكر، وإن شط بعد ذلك شيء، قلت: وشط بعد ذلك كذا وكذا ديناراً سلم فيها الوالد لابنته المذكورة أو استرجع بها من الأسباب كذا ثم تقول: ومن عاين الأسباب المذكورة من حيث ذكر ويعرف السداد فى قيمتها المسماة، وأشهده المورد بما فيه عنه، وعرفه فى كذا من حضر الزوج وموافقته.

بيان: فيما تضمنته هذه الوثيقة براءة للأب فيما تحصل عنده لابنته أو قبله من نحلة أو نقد أو غير ذلك، وكذلك للوصى وغيره، فإن وجه الأب أو الولى الأسباب بعد أن قومها بمحضر الشهود إلى دار الزوجين ولم يغب بعد ذلك عليها فذلك براءة له أيضاً، وإن لم يصحبها الشهود حتى دخلت بيت البناء، ولا

يلتفت بعد ذلك إلى دعوة الزوج أنها لم تصل إلى بيته، وهو كما لو ادعى أنه أخذها من بيته أو أرسل من أخذها، والذى تقدم فى الوثيقة أتم وأبرأ، وإذا ادعى الأب بعد البناء أنه جهز ابنته بنقدها و لم يظهر ما يكذبه كان القول قوله فى ذلك، قال ابن رشد: لأنه على ذلك قبضه من الزوج، والعرف يشهد له، ويكون عليه اليمين لحق الزوج، ولو ادعى أنه جهزها بما لها قبله من ميراث أو نحلة أو غير ذلك لكلف البينة على ذلك، و لم يكن القول قوله فى ذلك قرب أو بعد، وإن أقام الأب ما زاد على النقد من الجهاز وكتب البينة على ابنته دينا فذلك عليها، ويأخذه الورثة إن مات إذا كانت قيمة عدل، قاله ابن لبابة وغيره، ولا يلزم الأب أن يجهز ابنته بشيء من ماله، وكذلك الثيب لا يلزمها أن تتجهز بغير الصداق، قال فى كتاب «الاستغناء»: وينبغى للأب أن يشور بنته من مالها وكذلك الوصى ويشتريان لها كسوة وحلياً لأن ذلك نظر لها ومما يرغب الناس فيها، ولا يجبران على ذلك، وكذلك الثيب تؤمر بذلك ولا تجبر، وأما إذا ادعى الأب العارية فيما جهز به بنته زائداً على النقد كان القول قوله ما لم يطل ذلك بعد البناء، وليست السنة فى ذلك بطول، قال ابن عبد الغفور: كان محمد ابن عيشون يرى ذلك له إلى السابع لا غير، وفى «الدمياطية»: أنه إنما يصدق فى ذلك إذا كان له على أصل العارية بينة وإلا لم يصدق فى ذلك قرب أو بعد والمشهور ما تقدم، وعلى المشهور يكون له أخذ ما وجد من ذلك، ولا يكون له على الابنة شيء فى فوت ما فوتته إن امتنته ولا على الزوج معها، فإن قام بعد طول من الزمان لم يكن له ذلك كان الأصل له معروفاً أم لا، ولا ينفعه إقرار الابنة بذلك، وإن كان أشهد حين التجهيز أن ذلك منه عارية كان القول

قوله، وإن طال الزمان، ويكون له أخذ ما وجد من ذلك، ولا ضمان على الابنة فيما تلف من ذلك ولا زوجها كما تقدم، وليس ذلك فيما جهز به بنته الثيب وهو فى مالها بمنزلة الأجنبى، وكذلك سائر الأولياء مع الأبكار بمنزلة الأب مع ابنته الثيب، وإنما جاز ذلك للأب فى البكر خاصة لأن مالها فى يده، قال فى «سماع أصبغ»: فإن أشهد فى الثيب على الشورة أنها عارية قبل الدخول ثم قام يطلبها كان له ذلك، وإن كانت ثيباً وعلى هذا يكون حكم سائر الأولياء، وكذلك مع الإشهاد، وإن تلف شيء من ذلك لم يكن عليها شيء إلا أن تعلم المالكة لأمرها أن ذلك عارية فتضمن ما تلف.

فصل

وتعقد فى إيراد الوصى أو غيره مثل ما تقدم وذلك براءة له فيما تحصل عنده للزوجة من نقد أو غيره إذا لم تكن مالكة أمر نفسها، فإن جهز الوصى محجورته بزائد على صداقها مما استقر لها بيده من ميراث أو غلة أو غير ذلك إذا طلب ذلك منه الزوج ذكرت فى عقد الإيراد ضمان الزوج الطالب لذلك درك الزوجة أو من يقوم عنها فى ذلك، وذلك أحوط له إذ قد اختلف فى ذلك، فقيل: ليس للوصى ولا لغيره إخراج اليتيمة عن ميراث أبيها أو غيره لثياب تقام عليها وحسبها صداقها، وبهذا القول جرى العمل بقرطبة، ووقع لابن رشد أن الوصى إذا جهز يتيمته من مالها وأورده بيت بنائها فذلك براءة له من ضمانه، وذكر أبو الوليد بن خيرة فى تأليفه أن للوصى أن يجهز اليتيمة من مالها الذى لها بيده، واختلف إذا كان أصلاً فباعه وجهزها به على قولين، قال: وكذلك

الأب، وذكر ابن المواز فى كتابه أنه يباع على اليتيمة من أصولها ما تتجهز به لتزويجها على العرف فى التجهيز، قال: ويجعل أكثر ذلك فى حلى ويسوغ له بيع ما هو من الأرض قليل الفائدة للمحجورة ليجعل فى جهازها، وقال به عبد الله ابن أحمد، وذكر أنه منصوص فى كتاب جمعه ابن عتاب، وقال فيه: إن الشيوخ اتفقوا فى اليتيمة تزوج ولها عقار وليس لها ما تشور به أن العقار يباع عليها وتشور بثمنه، وأفتى به محمد بن فرج، وفى كتاب «الاستغناء» سئل بعض الفقهاء فى يتيمة لها أخوة وأم ولا وصى عليها فيريدون أن يقيموا شوارها فيحاسبوها به فيما ترك أبوها، فقال: أما على قول ابن القاسم إذا كان ميراث أبيهم وأقاموه قيمة عدل، وكان الأمر لابد لها منه لزمها فى نصيبها، قال: وأحسن من ذلك أن يكون برأى السلطان يوكل لها فى ذلك إذا كان برأيها لأنها عندهم على الرشد،وبهذا أفتى بعض شيوخ المتأخرين إذا ثبت رضاها أن يمضى عليها، قال القاسم بن مسعدة: وإن فعلوا ذلك بغير رضاها وأمرها رجعت فى ميراثها وأخذوا ما وجد عندها مما أخرجوا لها ولا يحاسبوها بما أتلفت لأنهم عرضوها للتلف، قال: وهذا القول أعجب إلينا من قول ابن القاسم وأشبه بالصواب، وفى «مسائل القاضى أبى عبد الله بن الحاج»: سئل رجل جهز يتيمة بشوار وكتب عليها خمسة عشر ديناراً وأشهد به عليها فقال: إن وجد الثياب أخذها، ولا يتبع ذمة اليتيمة بشيء كمن عامل سفيها ولو أشهد على إيراد الثياب فى بيت البناء لكان أشبه له فى القيام، وفى التحقيق، ولا يتبع ذمتها بشيء إلا أن يجد الثياب بأعيانها فيأخذها، وفيها أيضاً: سئل فى امرأة أوردت بيت بنتها أسباباً منها ما ابتاعت لها من نقدها، ومنها ما سلفتها ثمنها وهو مائتا مثقال،

ومنها على سبيل العارية، وأشهدت أنها وهبت ذلك كله، وكانت قد استرعت قبل ذلك أنها متى أشهدت لها بالهبة فلا تريد بها وجه الله تعالى، وأنها راجعة فيها، فأجاب بأن الهبة جائزة ولا يوهنا الاسترعاء، وأجاب غيره بأن عقد الاسترعاء مؤثر فى الهبة ومبطل لها إذا كان متقدماً لأنها لو شاءت لم تفعل كالحبس بخلاف البيع، قال: وما فعلته الأم الوصية من إسلاف بنتها المائتى مثقال وابتياع الأسباب فليس لها أن تلزم ابنتها اليتيمة ديناً فى ذمتها فى شيء لا حاجة لها به، وللابنة رد الثياب التى ألزمتها أمها، ويسقط الدين عنها ويبقى لها من الثياب بقدر نقدها، وإن ذهب الأب أو غيره من الأولياء إلى تثقيف ما أبرزه لوليته من الشوار لخوفه عليه أو لغير ذلك، فقال ابن رشد: أما الأب فله أن يثقف من شوار ابنته ما تستغنى عنه إذا خاف عليه عندها، وكذلك الوصي، وأما غيرهما من الأولياء فإن دعا إلى ذلك على وجه الحسبة نظر القاضى فى ذلك بما يراه من الاجتهاد، قال أبو عبد الله ابن عتاب: وينظر فى حال الأب فإن كان مأموناً على الثياب له ذمة فهو أحق بضبطها بعد أن يسلم إلى ابنته منها ما تتحمل به لزوجها على التوسط، ويشهد الأب بما فضل عنده من ذلك لابنته، وإن كانت أحواله غير مرضية وضعها الحاكم على يد من يراه ممن يرتضيه بالشهادة، وبمثله قال ابن جماهر، وقد وضعت ثياب بنات بأيدى آبائهن فأكلوها وتعذر الإنصاف منهم لقلة ما بأيديهم. وإذا ادعت الزوجة أو أبوها أن الزوج أخذ الجهاز أو بعضه وأنكر الزوج ذلك كانت عليه اليمين، وله ردها، ولا يلزمه أكثر من ذلك إلا أن يكون ضمنها فى الإيراد، فإن كان ضمنها فهلكت غرمها إلا أن تقوم بينة على هلاكها عنده أو يأتى عليه من الزمان ما

تخلق فيه مثله فيحلف ويبرأ، وسئل ابن رشد عن الزوج إذا ضمن شوار زوجته ثم ادعى تلفه أو قامت له بينة على تلفها، فقال: إن كان ضمنها مخافة التلف عليها حيث تلفت فهو لها ضامن قامت له بينة على تلفها أم لا، وإن كان سبب ضمانه أنه اتهم على الغيبة عليها ولم يؤتمن فى ذلك فلا ضمان عليه فيها إذا قامت له بينة على تلفها، ومن حق الزوج أن تتجهز المرأة إليه بجميع النقد على المشهور من مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- وحكى ابن لبابة أنها تمسك منه ربع دينار لاستباحة بضعها، وأنكر ذلك عليه بعض الشيوخ، ويجب أن تصرفه فيما يصلح مما تحتاج إليه فى بيتها مع زوجها من المتاع والفرش والوسائد وما لا غنى لها عنه من عطر وزينة، وغير ذلك مما جرى العرف أن تتجهز به إلى زوجها وإن كان فيه مما تتخذ منه خادماً فعلت، وتقدم فى ذلك الأوكد، فإن جعلت جميعه فى طيب ثم تطالبه بالكسوة للباسها ورقادها من ذلك اليوم لم يكن لها ذلك، وكذلك ليس لها ولا لوليها أن يبتاع لها به خادماً إذا لم تكن لها ثياب تمتهنها، وله ذلك إن كان لها ما يتوطآنه من الفراش والمرفقة واللحاف، فإن فضل شيء ففراش يحملان عليه ونحو ذلك، وإن لم يفضل شيء فعلى الزوج أن يبتاع ما يفترشانه ويتوطآنه ويلتحفانه ويرقدان عليه، وأن ذلك يلزمه لها وعلى الأب أن يجهزها بكسوة بذلتها سواء كانت قبل النكاح أو بعده، وليس له إخراجها عريانة كالخادم إذا بيعت، فإن كانت خلقة كان على الزوج أن يكسوها لأن كسوتها عليه، وليس عليها أن تشترى من جهازها كسوة تبتذلها، وليس يلزم الأب شيء لها إلا أن يحب سواء كان من ماله أو من مالها، وكذلك الثيب لا يلزمها أن تتجهز بغير الصداق، فإن كان معها كسوة من جهازها أو

هدية اشترطت عليه أو كانت عندهم معروفة كالشرط لم يلزم الزوج كسوة حتى تخلق، وحينئذ يقضى بها عليه، وسئل بعض الفقهاء عن رجل تزوج امرأة فدفع إليها نقدها وهديتها فلما دخل بها وبقيت معه شهراً أو أكثر من ذلك طلبت منه كسوة وقد كان ابتاع لها محشو ملحم فى هديتها هل يجب عليه كسوة قبل تمام العام أو تبتذل محشو الهدية؟ فقال: إن كان الصداق واسعاً فلا كسوة لها عليه فى خلالِ العام، وإن كان ضيقاً فعليه الكسوة، وليس عليها أن تبتذل الهدية إلا من حقها، ولها أن تتجهز له بالهدية بعد وقت، وأما الكالئ إذا حل أجل قبل الدخول فللزوجة الامتناع من الدخول حتى تقبضه، وهل يلزمها أن تتجهز به أم لا؟ كالنقد فى ذلك قولان:

أحدهما: أنه يلزمها أن تتجهز به، والثاني: أنه لا يلزمها أن تتجهز به، قال ابن فتحون: وهو مشهور مذهب مالك —رضى الله تعالى عنه.

وضع المرأة والدها كالئها على شرط أو غير شرط

يعقد فى وضع المرأة كالئها عقد: أشهدت فلانة على نفسها أنها الذى وليته من حسن صحبة زوجها فلان لها وجميل عشرتها معه وضعت كالئها المكلأ لها عليه فى كتاب صداقها وهو كذا، وأسقطته عنه طائعة بذلك متبرعة، وقبل ذلك منها زوجها المذكور، وشهد عليها بما فيه عنهما فى كذا، وإن كان على شرط، **فيكتب فى ذلك عقد:** أشهدت فلانة على نفسها أنها وضعت عن زوجها فلان كالئها المكلأ عليها لها فى كتاب صداقها وهو كذا على أن لا يتزوج عليها أو

لا يرحلها من موضع كذا، وأنه إن فعل شيئاً من ذلك فهى مرتجعة فيما وضعت عنه من ذلك وقبل ذلك منها على الشرط المذكور، وشهد عليهما بما فيه عنهما فى كذا.

بيان: إن سقط من العقد بل من عقد الوضع قبول الزوج له وبقى حتى ماتت المرأة سقط حكم العقد وصار الكالئ موروثاً عن الزوجة، وأخذ من الزوج فى رواية ابن القاسم إذ هى هبة لم تقبض، وقال أشهب: ذلك جائز ماضٍ وكونه فى يده أحوز الحوز، وكذلك ما زاده الزوج لزوجه فى صداقها بعد العقد تأخذه به فى حياته على حكم الصداق، فإن طلقها قبل البناء فلها نصفه، وإن مات لم تأخذ منه بعد الموت شيئاً لأنها هبة لم تقبض، ولها أن تأخذ بعض الكالئ وتسقط بعضه إذا حل أجله، وإن لم يحل فلا يجوز ذلك إلا أن يصالحها فيه بعرض، وإذا كان الوضع على شرط ففعل الزوج ما شرطت عليه رجعت فيما وضعت عنه من الكالئ، وللأب أن يضع من صداق ابنته على وجه النظر لها، وروى ابن وهب أنه ليس له أن يضع من ذلك شيئاً إلا عند الطلاق، وليس له وضع الصداق بجملته إلا عند الطلاق على المشهور المعلوم، وقيل: له أن يضعه بجملته بعد البناء وإن كرهت الزوجة إذا كان على وجه النظر لها، وأما الوصى فلا يجوز له أن يضع من ذلك شيئاً قليلاً ولا كثيراً، وقد روى عن ابن القاسم أنه يجوز له وضع البعض على وجه النظر، وإذا طلقها وكانت قد وضعت عنه فأثبتت أنه كان يضربها فلا رجوع لها عليه إلا أن يكون وضعها لذلك حين الطلاق أو تكون استرعت عليه فيما وضعته، وسئل الفقهاء بقرطبة فى امرأة سلفت زوجها سلفاً إلى أعوام ثم طلقها قبل مضى المدة فزعمت أنها إنما سلفته

وأنظرته استدامة لعصمتها معه وحسن صحبته، فأفتى ابن عتاب وابن مالك أنها تأخذه بذلك حالاً مع يمينها، وخالفهما ابن العطار، وقال: يبقى إلى بلوغ أمده، ذكر ذلك ابن سهل.

فصل

وتعقد فى قبض المرأة كالئها أو والدها عقد: قبضت فلانة من زوجها فلان وقبض فلان لابنته فلانة الكائنة فى حجره من زوجها فلان كالئها كذا، وصار بيدها، وأبرأته منه، وأشهد بذلك فى كذا، **وتعقد فى قبض النقد:** قبض فلان لابنته فلانة الكائنة فى حجره من زوجها فلان نقدها المسمى، فى كتاب صداقها، ومبلغه كذا، وصار بيده ليجهزها به إليه، وأبرأ منه، وأشهد بذلك فى كذا.

بيان: فى قبض المرأة الثيب المالكة أمر نفسها لصداقها براءة للزوج، وكذلك إن كانت بكراً يتيمة قد بلغت حد التعنيس، وهو خمسة وثلاثون عاماً فما فوقها، وإن كانت غير معنس فلا يبرأ الزوج بدفع النقد لها إذا كان عيناً، وكان سحنون يجيز فعلها فى ذلك، فإن كان المقبوض النقد وادعت هذه المالكة لأمر نفسها تلفه فإنها تحلف أنه ضاع ولا يكون عليها أن تعوض منه جهازاً، وقال عبد الملك: عليها أن تخلف من مالها ما تتجهز به عوضه، وأما الأب فى ابنته البكر فقبضه أيضاً براءة للزوج فى قول ابن القاسم، وقال أشهب وابن وهب: لا يبرأ الزوج إلا بمعاينة الدفع ووصى الأب ومقدم القاضى فى ذلك مثله، فإن ادعى تلفه فلا يلزم الزوج غرمه ثانية على قول ابن القاسم، ويلزمه على قول

غيره، وإن ادعى الأب أو غيره أنه دفعه لابنته عيناً فعليه غرمه، فإن كان الأب مريضاً فلا يصدق فى القبض إلا بمعاينة القبض فى قول ابن القاسم وغيره، وقال ابن رشد: إن أقر بالقبض عند العقد وهو مريض جاز إن كان الزوج موسراً و لم يجز إن كان عديماً، وإن كان القبض فى حين العقد ففيه اختلاف، وأما الوكيل فلا يبرأ الزوج بقبضه للصداق منه إلا بمعاينة الدف باتفاق، فإن لم تكن معاينة وادعى الوكيل تلف ما قبضه فعلى الزوج غرمه، ولا يكون له رجوع على التوكيل، قال ابن رشد: ولا خلاف فى هذا إلا أن يدخل فى ذلك الاختلاف من المسألة الأولى التى فى «المدونة»، وأما إن دفع إلى وليها الذى ليس بوكيل ولا وصى فإن ضمنه له فعليه غرمه، وإن لم يضمنه وادعى بعد ذلك تلفه فعلى الزوج غرمه ثانية سواء قبضة ببينة أو بغير بينة وهل يرجع بذلك على الولى أم لا؟ فى ذلك قولان

أحدهما: أنه يرجعل عليه ويضمه إياه لأنه قبض ما لا يجوز له قبضه، والثانى: أنه يرجع عليه، قال سحنون: ولا أدرى بأى وجه يضمن لأنه إن كان قبضه على وجه الرسالة فلا يضمن، وإن كان على وجه الاقتضاء فليس بوكيل على القبض فلا يضمن، وإذا انعقد قبض الصداق على الأب أو الوصى دون معاينة ثم ادعى بعد ذلك أنه لم يقبض شيئاً قال: ظننت به الخير فأشهدت بالقبض مسامحة فأفتى ابن لبابة بأن اليمين تجب على الزوج لو قبضه، وقال غيره: لا يمين عليه وإلا لم يكن للإشهاد فائدة، وفى «أحكام ابن سهل» من أجوبة بعض الشيوخ التفرقة بين أن يكون ذلك بحرارة العقد فتجب اليمين أو لا يكون بحرارة العقد فلا تجب اليمين.

الطلاق وما يتعلق به

الطلاق السنى هو الواقع على الوجه الذى ندب الشرع إليه وشروطه أن يكون واحدة رجعية فى طهر لم يمسها فيه ولا يردفها بطلقة أخرى، وقيل: إذا طلقها فى كل طهر مرة قبل أن يمسها من غير رجعة فهو من طلاق السنة ولا بدعة فى الصغيرة واليائسة.

ويعقد فى ذلك عقد: طلق فلان زوجه فلانة بعد البناء طلقة واحدة سنية فى طهر لم يمسها فيه، وهو أملك برجعتها ما لم تنقض عدتها، وأشهد بذلك من عرفه فى الصحة والجواز فى تاريخ كذا.

فصل

فإذا فقد شيء من الشروط المتقدمة فليس بسنى، وذلك أربعة أنواع: رجعي، ومملك على غير شيء، وثلاث، وخلعي.

فأما الرجعى فتكتب فيه عقد: طلق فلان زوجته فلانة بعد البناء بها طلقة واحدة رجعية يملك بها رجعتها ما لم تنقض عدتها، وأشهد بذلك فى الصحة والجواز من عرفه فى كذا، ويلزم الرجل فى هذا الطلاق الرجعى والسنى النفقة والكسوة للزوجة طول العدة، وإن مات أحدهما ورثه الآخر، وله مراجعتها فيها دون إذنها ما لم تنقض عدتها، فإن أوقع الزوج هذا الطلاق الرجعى فى طهر مسها فيه فهو مكروه وليس بممنوع، وإن أوقعه وهى فى حالة حيض أو نفاس فهو ممنوع، ويجبره السلطان على الرجعة فإن أبى حكم عليه بها.

ويكتب فى ذلك عقد: أشهد القاضى بموضع كذا فلان أن فلاناً قد أوقع على زوجه فلانة طلقة واحدة رجعية وهى بحال حيض، وثبت ذلك عنده فأمره بارتجاعها فأبى من ذلك، وامتنع فحكم عليه القاضى بذلك، وقضى عليه بلزوم الطلاق له والرجعة بعد أن ثبتت إبايته لديه كما يجب، وانعقد ذلك على واجب السنة، وشهد على القاضى بما فيه عنه فى كذا، فإن أنكر الزوج أنه طلقها فى حال حيض وادعى الطهر وأكذبته فى ذلك فروى أصبغ عن ابن القاسم: أن القول قوله، وروى ابن سحنون عن أبيه: أن القول قولها ولا ينظر إليها النساء، قال ابن المواز: فإن كانت طاهراً حين ارتفعا إلى الإمام فيكون القول قوله لا قولها، حكى عن بعض الشيوخ أنه قال: ينظر إليها النساء كالعيوب، ولا يجبر على الرجعة فى البائنة، وإن كان قبل الدخول فهل يجوز له إيقاع الطلاق فى حال الحيض أم لا؟ فى ذلك قولان، وإن كان الطلاق بعد أن خلا بها دون مسيس، **فتكتب فى ذلك عقد:** طلق فلان زوجه فلانة طلقة واحدة بعد زيارته لها وخلوته بها من غير مسيس بموافقتهما وإقرارهما بذلك، وأشهدا بذلك فى كذا، وعلى الزوجة العدة فى هذا الطلاق بخلوته معها ولا رجعة له عليها لاتفاقهما على عدم الوطء، وكذلك إن كان الطلاق بعد البناء وأنكرت الزوجة الوطء وادعاء الزوج فليس له عليها الرجعة وعليها العدة لإقرارهما بالخلوة، **ويكتب فى الطلاق قبل البناء وقبل المسيس عقد:** طلق فلان زوجه فلانة بعد بنائه بها ودخوله معها طلقة واحدة دون مسيس بإقرارهما بذلك واتفاقهما على عدم الوطء إلى حين الطلاق، وشهد بذلك عليهما فى كذا، قال ابن رشد فى «كتاب البيان»: فإن ظهر بها بعد ذلك حمل فادعت أنه منه وأقر هو

به فإنه يلحق به وتكون له الرجعة، ويلزمه الصداق كاملاً ولا يتهم أنه أقر بالولد لتكون له الرجعة لأن إلحاق النسب يرفع التهمة، فإن طلقها بعد الوطء من غير بناء، **فيكتب فى ذلك عقد**: طلق فلان زوجه فلانة بعد دخوله بها دون بناء وإقراره بوطئها طلقة واحدة رجعية وأشهد بذلك فى كذا، وله الرجعة عليها فى هذا الطلاق إذا وافقته على الوطء، والعدة لازمة لها كذلك لثبوت الوطء، وأما الطلاق المملك على غير شيء بعد البناء **فيكتب فيه عقد**: طلق فلان زوجة فلانة بعد بنائه بها طلقة واحدة ملكها بها أمر نفسها دونه، وأشهد بذلك فى كذا، وهذا الطلاق مكروه لأنه على خلاف السنة، واختلف فيه على ثلاثة أقوال فقيل: إنه يكون طلقة رجعية كمن قال: أنت طالق واحدة لا رجعة لى عليك فيها، وهو قول مطرف وأشهب، والثانى: أنها تكون البتة كمن قال: أنت طالق واحدة بائنة فإنها ثلاث، وهو قول ابن الماجشون وابن حبيب، والثالث: أنها طلقة واحدة بائنة، قاله ابن القاسم وحكاه القاضى أبو محمد عن مالك -رضى الله تعالى عنه- وبه القضاء وكان ابن عتاب -رحمه الله تعالى- يفتى بأن من بارأ زوجه هذه المبارأة ثم طلقها بعد ذلك فى العدة أن الطلاق يرتدف عليه فى العدة استحساناً ومراعاة لقول من يراه طلقة رجعية فإن طلقها ولم تكن له نية ففى ذلك قولان،

أحدهما: أنه يلزمه طلقة واحدة، والثانى: أنه يلزمه الثلاث، ذكر ذلك ابن رشد فى طلاق السنة، وسئل ابن رشد فى كتاب عقد وثيقة برجعة من الطلاق المذكور دون زوج، فقال: هو رجل جاهل ضعيف الدين فعل ما لا يسوغ له بإجماع من أهل العلم، إذ ليس من أهل الاجتهاد فيسوغ له مخالفة ما أجمع عليه

فقهاء الأنصار، وإنما يجب عليه تقليد العلماء فى وقته ولا يسوغ أن يخالفهم برأيه فالواجب أن ينهى عن ذلك، فإن لم ينته أدب، وكانت جرحة فيه تسقط إمامته وشهادته، وكذلك اختلف فى الذى يقول لامرأته: أنت طالق فينوى به الثلاث، فقيل: إنما يلزمه طلقة واحدة وهو قول الحسن والثورى والأوزاعى وأحمد بن حنبل وغيرهم، وقيل: إذا نوع الثلاث لزمت الثلاث وهو قول مالك والشافعى وإسحق -رضى الله تعالى عنهم- وسبب الخلاف فى ذلك أن الطلاق هل يلزم بالنية أم لا؟ قال ابن رشد فى «مقدماته»: واختلف بماذا يلزم الطلاق على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يلزم بمجرد النية دون القول، وهى رواية أشهب عن مالك -رضى الله تعالى عنه- فى «كتاب الأيمان بالطلاق».

والثانى: أنه يلزم بمجرد القول دون النية.

والثالث: أنه لا يلزم إلا باجتماع القول والنية، وهذا فيما بينه وبين الله تعالى، وأما فى الحكم الظاهر فلا اختلاف بين أهل العلم أن الرجل يحكم عليه بما أظهر من صريح القول بالطلاق أو كنايته ولا يصدق أنه لم ينوه ولا أراده، وإن ادعى ذلك على مذهب من يرى أن الطلاق لا يلزم بمجرد القول حتى تقترن به النية. قال بعض المتأخرين: والقول فى ذلك على مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- أن ألفاظ الطلاق تنقسم على ثلاثة أقسام صريح، وكناية، وما ليس بصريح ولا كناية، فأما الصريح فهو لفظ الطلاق وما تصرف منه دون غيره من الألفاظ عند مالك -رضى الله تعالى عنه- فيلزم الطلاق بذلك على

كل حال ولا يفتقر إلى نية، وأما الكناية فهى على قسمين: ظاهر، ومحتمل.
فأما الظاهر: فهو فى العرف طلاق مثل سرحتك، وفارقتك وأنت حرام، وبتة، وبتلة، وبائن، وحبلك على غاربك، وكالميتة والدم، ووهبتك، ورددتك إلى أهلك، ونحو ذلك فيقضي عليه فى ذلك بالطلاق؟ ولا يقبل دعواه أنه لم يرد بها الطلاق. واختلف ماذا يلزمه فى هذه الكنايات الظاهرة من أنواع الطلاق فقيل: يلزمه فيها الثلاث على كل حال، وقيل: يلزمه الثلاث فى المدخول بها، وينوى فى غير المدخول بها، فإن قال: إنه أراد بها البتة، فله نيته وهو المشهور، وقيل: يلزمه واحدة بائنة على كل حال، وقيل: رجعية فى المدخول بها وبائنة فى غير المدخول بها، وقيل: ثلاث فى المدخول بها، وواحدة فى غير المدخول بها.
وأما المحتمل فمثل اذهبى وانصرفى وأنت حرة والحقى بأهلك ولست لى بامرأة ولا نكاح بينى وبينك، ونحو ذلك مما ليس بطلاق فى العرف، فله نية فى ذلك وهو مصدق، وإن ادعى أنه لم يرد بذلك طلاقاً ولا يحكم عليه بذلك إلا بما نواه، وأما ما ليس بصريح ولا كناية فمثل أن يقول: اسقينى ماء أو ناولينى كذا، ويريد بذلك الطلاق ففى ذلك قولان :

أحدهما: أنه لا يلزمه بذلك طلاق قصد أو لم يقصد حتى ينطلق بلفظ من صريح الطلاق أو كنايته.

والثانى: أنه إذا نوى الطلاق بذلك اللفظ وقصده لزمه الطلاق، وإن لم يكن من صريح الطلاق ولا من كنايته وهو المشهور، وفى «المدونة»: كل كلام ينوى به الطلاق فهى به طالق فإن سبق لسانه بالطلاق ونطق به بلفظ صريح أو كناية

ظاهرة حكم عليه به، وإن لم يكن قصده ولا يلزمه الطلاق فى الفتوى، وإن طلق هازلاً ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يلزمه، والثاني: أنه لا يلزمه، والثالث: أنه إن قام دليل على أنه كان هازلاً لم يلزمه. وفى طلاق السكران اختلاف، قال ابن رشد: السكران ينقسم قسمين: سكران لا يعرف الأرض من السماء ولا الرجل من المرأة، وسكران مختلط معه بقية من عقله إلا أنه لا يملك الاختلاط من نفسه فيخطئ ويصيب، فأما السكران الذى لا يعرف الأرض من السماء، ولا الرجل من المرأة فلا اختلاف أنه كالمجنون فى جميع أفعاله وأقواله فيما بينه، وبين الله تعالى، وفيما بينه وبين الناس، وأما السكران المختلط الذى معه بقية من عقله فاختلف أهل العلم فى أفعاله وأقواله على أربعة أقوال:

أحدها: أنه فى حكم المجنون الذى رفع عنه القلم ولا يحد فى زنا ولا سرقة، ولا قذف ولا يقتص منه فى قتل، ولا يلزمه عتق ولا طلاق، ولا بيع، ولا شيء من الأشياء، وهو قول أبي يوسف واختاره الطحاوي، وهو قول محمد بن عبد الحكم من أصحاب مالك أن طلاق السكران لا يجوز.

والثاني: أنه فى حكم الصحيح الذى ليس بسكران يلزمه ما يلزمه لأن معه بقية من عقله يدخل به فى جملة المكلفين، وهو قول ابن نافع أرى أن يجاز عليه ما فعله من البيع وغيره، وهو مذهب الشافعى وأبى حنيفة.

والثالث: أنه يلزمه الأفعال ولا تلزمه الأقوال فيقتل بمن قتل، ويحد فى الزنا والسرقة، ولا يحد فى القذف، ولا يلزمه طلاق ولا عتق، وهو قول الليث بن سعد.

والرابع: أنه يلزمه الجنايات والعتق والطلاق والحدود، ولا يلزمه الإقرارات والعقود، وهو مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- وعامة أصحابه وأظهر الأقوال وأولاها بالصواب لأن ما لا يتعلق لله به حق من الإقرارات والعقود إذا لم تلزم الصبى والسفيه لنقصان عقولهما فأحرى أن لا يلزم ذلك السكران لنقصان عقله بالسكر، وما سوى ذلك مما يتعلق به لله حق يلزمه، ولا يسقط عنه بالسكر قياساً على ما أجمعوا عليه من أن العبادات التى هى حق لله من الصوم والصلاة وأشباههما تلزمه، ولا تسقط عنه بالسكر، وهو قول مالك -رضى الله تعالى عنه- فى نكاح السكران ولا أراه جائزاً عليه، وليس معناه أنه عقد فاسد، وإنما معناه أنه غير لازم، قال: واختلف إذا قالت البينة أنها رأت منه اختلاطاً و لم تثبت الشهادة بسكره على قولين: أحدهما وهو المشهور: أنه يحلف ولا يلزمه نكاح ولا غيره، ومثل المريض يطلق ثم يدعى أنه لم يكن يفعل على ما فى «سماع ابن القاسم» من «كتاب طلاق السنة»، والثانية: أنه لا يصدق ولا يمكن من اليمين، ويلزمه النكاح وغيره، وهو دليل رواية أشهب، وطلاق المنكرة لا يلزم عند مالك كان الإكراه على إيقاعه أو على الإقرار به أو على اليمين به سواء لا يلزمه شيء من ذلك، وكذلك إن كان على فعل حنث به فى الطلاق، وقيل: يلزمه فى ذلك، وإنما الإكراه فى القول دون الفعل، ويكون الإكراه بالتخويف بما يؤلم البدن من القتل والضرب والصفع لذى المروءة وغير ذلك،

وسواء كان من السلطان أو غيره، وكذلك إن كان التخويف بقتل ولد، فإن كان بقتل أجنبي فقولان، وفى التخويف بالمال ثلاثة أقوال:

أحدها: بأن ذلك يكون له إكراها. والثاني: أن ذلك ليس بإكراه. والثالث: الفرق بين أن يكون المال كثيراً فيكون إكراهاً أو يكون يسيراً فلا يعد ذلك إكراها.

ويلزم الحالف بالأيمان اللازمة إذا لم يكن له نية عتق من يملك حين الحنث والمشي إلى بيت الله تعالى والصدقة بثلث ماله، وكفارة يمين إطعام عشرة مساكين، وكفارة ظهار وصوم سنة إن كان معتاداً لليمين بها وطلاق نسائه، واختلف فيما يلزمه من الطلاق، فقيل: يلزمه فيها طلقة واحدة رجعية، وهو قول أبي عمران الفاسي، وأبي الحسن القابسي، وأبي بكر بن عبد الرحمن وأبي القاسم بن الكاتب، وجل فقهاء القيروان. قال ابن محرز: وهو الذى أستحسنه وكان يذهب إليه غير واحد من علمائنا المتأخرين، وقال به أيضاً فقهاء طليطلة قال ابن مغيث فى «وثائقه»: وهو الذى أختاره وأقول به إلزامه الواحدة، وبه قال أيضاً الحافظ أبو عمر بن عبد البر، والقاضى أبو بكر بن العربى وغيرهما من المتأخرين بالأندلس، وقيل: يلزمه طلاق الثلاث، وهو قول محمد بن أبي زيد وابن رافع رأسه، وجماعة من فقهاء القيروان، وإلى ذلك ذهب جل فقهاء الأندلس، وبه كان يفتى ابن عتاب وابن مالك ومن تقدمهم من فقهاء قرطبة، وهو مذهب أبي الوليد الباجى، وهو الأظهر عندى على مذهب مالك –رضى الله تعالى عنه.

قال ابن رشد: ويجب أن يلزم الحالف اليوم بها الثلاث لأن أكثر الناس اليوم يحلفون بالطلاق الثلاث، وإنما يقصد بالأيمان اللازمة التغليظ والتشديد، وقد قاربت الفتوى اليوم بها الخروج من الخلاف المتقدم وإلزام الحالف بها الثلاث، وسئل عنها أبو عمران الفاسي، فقال: الذى أراه أن الواحدة عليه بلاشك، وأحب إلى أن يلزم نفسه الثلاث، وقد قيل: إنه لا شيء فيها سوى الاستغفار، وهو قول أبى بكر الأبهري، وحكى أيضاً عن أبي عمر بن عبد البر، وقيل: الذى يجب فيها كفارة يمين إطعام عشرة مساكين حكى ذلك عن الشافعى وجماعة من المتأخرين، وقيل: يلزمه فيها طلقة واحدة بائنة، وهو قول أبي عمر بن عبد الملك الإشبيلي، والقول بطلاق الثلاث وطلاق السنة هو أحسن الأقوال، وأشبه بطريق العلم، ولكل واحد منها وجه من النظر والقياس، وأما إن كانت له نية فله نيته باتفاق إذ هى من الكنايات. قال بعض المتأخرين: فإن جرى بها عرف فى بلد من البلاد كان العمل فيها بحسب العرف عند الإطلاق أو عند دعوى النية المخالفة للعرف، قال: وقد أفتى بعضهم فيها بفتوى غريبة، وهىَ إن كان الحالف بها من أهل العفاف والصلاح و لم يعتد الحلف بها وإنما خرجت منه على ضجر فتلزمه الواحدة، وإن كان من أهل الذعارة والشر وممن يلزمه الثلاث، ولا وجه لذلك عندي.

وقال القاضى أبو عبد الله بن الحاج فى «مسائله»: إذا قال الرجل لامرأته أنت طالق إلى يوم القيامة فينبغى أن يكون الجواب فيها مثل قوله: أنتْ طالق أبداً فقد يستدل من ظاهر «المدونة» على أنها ثلاث، وقد يستدل منها على أنها واحدة، وسئل -رحمه الله تعالى- عن رجل التزم لزوجة فى صداقها أن زوجه فلانة التى

طلقها لا تحل له أبداً لا قبل زوج ولا بعده مدة حياته فطلق هذه ثم أراد مراجعة المحلوف عليها، فقال: يستفاد شهود صداق فلعل عندهم ما يستدل به على ما تقوم الفتوى به، فإن لم يجد عندهم جلاء فيحتمل أن تحرم عليه كمن قال: أمرها بيدها، فقال الزوج: أردت واحدة، وقالت المرأة: بل هى ثلاث، ويحتمل أن يحلف الزوج ما أراد تحريمها تحريماً مؤبداً، وإنما أراد تطييب نفسها بذلك، ويسقط الشروط، وأفتى أصبغ وغيره أنه يجوز له تزويجها، وأن قوله ذلك كذبة منه، وبطريق أن تمنعه من نكاح الأولى فلا يصح له، وقال -رحمه الله تعالى- إذا جاء الرجل إلى العاقد فقال له: اكتب لى مبارأة بالثلاث أو بواحدة فكتبها ثم أمسكها الآمر عند نفسه وأبى أن يلزم نفسه شيئاً من الطلاق الذى كتب لها إن كان أمر العاقد بذلك، وهو مجمع على الطلاق الذى أمر بكتبه لزمه وإلا لم يلزمه، وأقصى ما عليه أن يحلف أنه ما كان عازماً على الطلاق حين أمر بكتبه لأن له أن يقول: إنما أردت بكتبها لأشاور نفسى كما يقول فى الكتاب ولو قال قائل: إن أمره بكتب المبارأة خلاف الكتب لكان زوجها لأن المبارأة قد ينضاف إليها الطلاق، وكذلك قوله للعاقد: أكتب لى، ومسألة الكتب لم يزد على الكتاب، وأما الطلاق الخلعى فيكتب فيه عقد: اختلعت فلانة لزوجها بكالئها المكلئ لها عليه فى كتاب صداقها وغير ذلك من الحقوق المترتبة لها عليه قديماً وحديثاً وخراج عدتها منه ولو طالت وبما ساقه لها فى كتاب صداقها من أصل ملك، وصرفت ذلك إلى ملكه وإعادته إلى يده ولم يبق لها فيه حق، وبمؤنة حمل إن كان بها منه، وأسقطت عنه ما يجب عليه بسبب الحمل من نفقة وكسوة وغير ذلك، والتزمت إرضاعه بعد وضعه إلى فطامه ومؤنته كلها إلى انقضاء

حولى الرضاع طائعة بذلك كله متبرعة من غير إكراه ولا ضرر وقبل ذلك منها وطلقها عليه طلقة واحدة بعد البناء بسنة طلاق الخلع وحكمه، وشهد عليهما بما فيه عنهما فى كذا.

بيان: الخلع والمبارأة والافتداء معناها واحد، وقال ابن فتحون: روى ابن وهب عن مالك –رضى الله تعالى عنه– أن المبارأة هى التى تطلق قبل الدخول على أن لا تبعة لها قبل زوجها، والمختلعة هى التى تختلع بجميع حقوقها والمفتدية هى التى تعطى البعض، قال: فمن أوقع هذه الألفاظ بعضها مكان بعض لم يكن مخطئاً، وإيقاع كل لفظ منها فى موضعه أولى، والخلع طلقة واحدة بائنة، فإن أوقع طلاقاً على الخلع ولم يبين عدده فإنه يكون واحدة، وإن شرط أن تكون رجعية ففيها قولان، مشهورهما: أنها تكون بائنة، وكذلك إن طلقها طلقة رجعية على أن أسقطت عنه نفقتها طول عدتها فإنها تنفذ وتكون بائنة عن ابن القاسم فإن أوقع ثلاثاً على الخلع وأبت المرأة فإن الطلاق ينفذ ويسقط الخلع، وإذا أوقع هذا الطلاق والزوجة حائض أو نفساء فلا يجبر على الرجعة، وكذلك كل طلاق بائن، فإن كانت الزوجة محجورة لوالدها فلا يجوز خلعها إلا بإذن أبيها.

ويكتب فى ذلك ما نصه: اختلعت فلانة بنت فلان بإذن والدها لزوجها فلان وتبنى على ما تقدم ثم تقول فى آخر العقد: وأمضى ذلك والدها لما رآه لها فى ذلك من النظر والغبطة والحيطة عليها، وتضمن الإشهاد على الزوجين والأب

ولا يجوز للأب أن يمضى الخلع عليها دون إذنها وإن كانت فى ولايته إذا كانت ثيباً على المشهور، فإن كانت بكراً فله ذلك.

ويكتب فى ذلك عقد: طلق فلان زوجه فلانة قبل البناء بها طلقة واحدة على أن أسقط عنه والدها إذ هى بكر فى حجره وولايته النصف الواجب لها عليه من صداقها المسمى فى كتاب زوجيتهما، وصرف مكان قبضه لها منه ودفعه له فقبضه من الزوج وقبل ذلك منه، وعليه أوقع الطلاق وشهد بما فيه عنهما فى كذا، وكذلك كل من يملك الإجبار فى النكاح كالسيد فى الأمة وغيره يجوز له إسقاط ذلك قبل الدخول لقوله تعالى: ﴿أَوْ يَعْفُوَ الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ [البقرة: ٢٣٧]، وليس ذلك لوصى الأب ولا لغيره من الأولياء على رواية ابن القاسم عن مالك –رضى الله تعالى عنه– وروى ابن نافع إجازة ذلك إذا كان فعله على وجه النظر، وقال أصبغ: إن كان ذلك بأقل من نصف الصداق فذلك جائز للوصى فعله فى البكر والمعمول به، ما رواه ابن القاسم عن مالك –رضى الله تعالى عنه– فإن كانت المختلعة قبل البناء فى ولاية وصى **فيكتب فيها ما تقدم ثم تقول فى آخر العقد ما نصه:** وأمضى ما ذكر الوصى بإذنها لما رآه لها فيه من النظر والحيطة عليها، وتضمن الشهادة على الزوجين والوصى ومعرفة الإيصاء وخلعها جائز بإذن وصيها سواء من قبل الأب أو من قبل القاضى إذا كان على وجه النظر على ما جرى به العمل وروى عن مالك –رضى الله تعالى عنه– أن ذلك لا يجوز، فإن كانت صغيرة دون بلوغ زوجها أبوها ثم مات وقد أوصى بها فلا يجوز خلعها، وإن أمضى ذلك عليها وصيها، ولا يسوغ لوصيها فعل ذلك على رواية ابن القاسم عن مالك –رضى الله تعالى عنه– كالبكر،

وهو المشهور الذى جرى به العمل، وقيل: يجوز ذلك إذا كان نظراً لها كما تقدم، فإن لم يكن لها أب ولا وصى من قبل أب أو سلطان، فذهب ابن القاسم أن ذلك جائز عليها إذا كان ما صالحته به صلح مثلها كان ذلك قبل البلوغ أو بعده وهو قول سحنون، وبه القضاء. وقال أصبغ: لا يجوز ذلك عليها، وقد ذكر ابن سعدون فى «شرحه» لرزمة النكاح من «المدونة» أن الزوج إذا اشترط فى هذه اليتيمة التى لا وصى عليها أنه إن لم يصح له الخلع على ما وقع فالعصمة باقية غير منفصلة أن شرطه ينفعه، ومتى طلب منه ما أخذ كانت زوجة له كما كانت، وإن كان الزوج فى ولاية، فإما إن يكون كبيراً أو صغيراً دون بلوغ، فإن كان كبيراً فخلعه جائز، وإن كان بغير إذن وليه لأن الطلاق بيده ويلزمه إذا أوقعه وتعقد فيه مثل ما تقدم، ويذكر فى العقد موافقة الوصى أو الأب إن حضر على الخلع، وتضمن الشهادة على الجميع، ولا يجوز خلع الأب أو الوصى عليه بغير إذنه على المشهور، وقيل: يجوز مثل ما تقدم فى النكاح إن كان صغيراً فيجوز خلع الأب أو الوصى عليه بشيء يأخذانه له دون أمره، ولا يجوز على غير ذلك.

ويكتب فى ذلك عقد: خالع فلان على ابنه فلان الصغير فى حجره أو على محجوره فلان الكائن فى حجره بعهد الأب زوجه فلانة بأن أسقطت عنه كالئها قبله، وغير ذلك من الحقوق المترتبة لها عليه، وطلقها على ذلك طلقة واحدة بعد البناء بسنة طلاق الخلع وحكمة، وأمضى ذلك الوالد على ابنه لما رأى فى ذلك من النظر والسداد، وشهد على الأب والزوجة بما فيه عنهما فى كذا، ولا يجوز طلاق الصغير ولا خلعه ولا طلاق الأب والوصى إلا بشيء يأخذانه له بلا

اختلاف، فإن التزمت المرأة نفقة ولدها بعد الحولين وتمام الرضاع فذلك غير لازم لها عند مالك -رضى الله تعالى عنه- وابن القاسم، ولا جائز للغرر الظاهر فيه، وقال المخزومي وابن الماجشون وأشهب وابن نافع: يجوز ذلك بعد الحولين، وإن كان ذلك غرراً إذ الخلع بالغرر جائز، واختار ذلك المتأخرون، وبذلك جرى العمل والقضاء.

ويكتب فى ذلك ما نصه: وأسقطت عنه مؤنة حمل إن كان بها وما يجب عليها عليه بسببه من نفقة وكسوة، والتزمت إرضاعه بعد وضعه دون شيء يلزم الزوج فى ذلك، وإجراء النفقة والكسوة والمؤن كلها عليه من مالها إلى سقوط ذلك عن والده شرعاً، وقبل ذلك منها، وتبنى على ما تقدم، فإن مات الولد فلا شيء للأب على الزوجة لأنه من مؤنه وقيل: للأب أن يرجع عليها، والقول الأول هو المشهور وبه القضاء، وكذلك إن ارتجعها فإنها يسقط عنها ما تحملت من النفقة، وترجع على الأب ولا تعود عليها إن طلقها ثانية إلا أن تتحملها، وإن ماتت الأم وقف من مالها بقدر ذلك، وأجرى فى نفقة الابن إلى أن يحتلم وللزوج محاصة غرماء المرأة بنفقة ابنه المشروط عليها فى الخلع، فإن عدمت فى خلال المدة فإن النفقة تعود على الأب ثم إن أيسرت رجعت النفقة عليها، وهل يتبعها الوالد بما أنفق على ابنه مدة عدمها أم لا؟ فى ذلك قولان:

أحدهما: أنه يتبعها بذلك وهو المشهور، والذى جرى به القضاء، وحكى أصبغ أنه لا يتبعها بشيء، وإن اشترط فى عقد الخلع ثبوت النفقة بعد الوفاة كثبوته قبله جاز ذلك على قول مالك وغيره، وارتفع الضرر والخلاف فى ذلك.

قال ابن رشد: إذا صالحت المرأة على رضاع ولدها فدليل ما فى «المدونة» أنها ممنوعة من التزويج حتى تتم مدة الرضاع، وفى كتاب «الاستغناء»: إذا التزمت الأم حضانة بنيها وتزوجت فسخ النكاح حتى يتم أمد الحضانة، قال بعضهم: يريد قبل البناء، وقال الأبهرى: شرطه باطل، ولا يجوز وتتزوج إن أحبت، والمعروف من قول مالك فى «المستخرجة»: أنها تتزوج، وإن شرط عليها فى عقد الخلع أن لا تتزوج مدة الرضاع، وقال ابن نافع: لا أرى أن تنكح فى الحولين إذا اشترط ذلك عليها، قال ابن رشد: وقد قال مالك فى «كتاب ابن المواز»: ذلك يلزمها إذا اشترط ذلك عليها ولا تنكح حتى تفطم مثل قول ابن نافع، وسيأتى على ما فى «المدونة» فى المرأة إذا أجرت نفسها ظئراً فليس لها أن تتزوج أنه ليس لهذه المختلعة أن تتزوج فى الحولين، وإن لم يشترط ذلك عليها، وفى «سماع عيسى»: أنه إن كان يضر بالصبى منعت، وإن كان لا يضر بالصبى لم تمنع من التزوج قول رابع فى المسألة قال: وأما اشتراطه عليها أن لا تتزوج بعد الحولين مدة قريبة أو بعيدة فلا اختلاف فى أن ذلك لا يلزمها وإن كان ذلك فى عقد الصلح كما لا يلزم ذلك الزوج إن شرطت ذلك عليه، وإن ولدت توأمين فعليها إرضاعهما ولا عذر لها فى ذلك أنها لا تقدر على إرضاعهما، وإن انقطع لبنها فعليها أن تسترضع غيرها، وإن لم يكن لها شىء وأعطاها الزوج ما تتقوى به على ذلك فله اتباعها به.

ويكتب فى عدمها عقد: يعرف شهوده فلانة ويعلمونها فقيرة عديمة لا يعلمون لها مالاً ظاهراً ولا باطناً، ولا ما تنفق منه على نفسها، وعلى ابنها فلان الصغير وحالها متصلة على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

فإذا ثبت عدمها فإن الوالد ينفق على ابنه ويرجع عليها بما أنفق على المشهور، فإن كانت حاملاً ففى «مسائل القاضى أبى الوليد بن رشد»: سئل فى رجل اختلعت له امرأته وأسقطت له مؤنة حمل إلى فطامه ثم أثبتت أنها عديمة أيلزم الزوج النفقة على الحمل أم لا يلزمه حتى تضع؟ وكيف إن كانت قد أشهدت على نفسها أنها موفورة الحال وأنها متى أثبتت أنها عديمة فذلك باطل؟ فأجاب: إذا ثبت عدمها لزم الزوج الإنفاق عليها، ويتبعها بما أنفق إذا أيسرت، وإن كانت قد أشهدت بالوفر كما ذكر فلا تنتفع بما يشهد لها من العدم حتى يشهدوا بمعرفة ذهاب مالها ووفر حالها الذى أقرت به، فإن عقد الخلع على اليتيمة أو غيرها ولى أو أجنبى فلها الرجوع على زوجها، والطلاق ماض، وهل يرجع الزوج على الذى عقد معه الخلع إذا لم يضمن ذلك أم لا؟ فى ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يرجع عليه، وإن لم يكن ضمن له لأنه هو الذى أدخله فى الطلاق وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك فى كتاب الصلح من «المدونة»، وقول أصبغ فى «الواضحة» و «العتبية»، والثاني: أنه لا رجوع له عليه إلا أن يلتزم له الضمان، وهو ظاهر قول ابن القاسم وروايته عن مالك -رضى الله تعالى عنه- فى كتاب إرخاء الستور من «المدونة»، وقول ابن حبيب أيضاً، والثالث: أنه إن كان أبا أو ابنا أو أخاً أو من له قرابة للزوجة فهو ضامن وإلا فلا وهو قول ابن دينار، وإن عقدته المرأة وضمن للزوج وليها أو غيره ما يلحقه من درك فى الخلع ثم ظهر ما يسقط التزامها من ثبوت ضرر أو عدم أو غير ذلك ففى ذلك قولان:

أحدهما: أن الضامن من يغرم للزوج ما التزمه.

والثاني: أنه لا شيء عليه، وكذلك فى البيع الفاسد، فإن تفاصل الزوجان فتكتب بعد قولك وطلقها واحدة بسنة طلاق الخلع وحكمه ما نصه: وتفرقا على تبرئة الذمم وتفاصلا فى أسباب الزوجية وغيرها وتساقطا الدعاوى كلها والأيمان وبينات السر والإعلان والاسترعاءات، والاسترعاء فيها ما تكرر وتناهي، فمتى قام أحدهما يطلب الآخر بمطلب حق متقدم على هذا فهو باطل، وإن لم يكن فى المفاصلة إسقاط البينة وقام أحدهما على الآخر بحق ثابت قبل تاريخ المفاصلة فإنه يأخذ صاحبه به، ولا يضره الإشهاد بأنه لم يبق له على صاحبه دعوى ولا يمين لأنهما لم يقصد إلى إسقاط البينة، قاله ابن عتاب فى الثانى من ابن سهل فى دعوى شركة فى زرع، وإذا اختلف الزوجان فى المتاع فما كان من متاع الرجل فللرجل مع يمينه إلا أن تقوم للمرأة بينة على اكتسابه أو حيازته، وما كان متاع النساء فهو للمرأة مع يمينها إلا أن تقوم للرجل بينة كذلك، وما كان مما يكون للرجال والنساء فهو للرجل مع يمينه لأن البيت بيته ويده أقوى، وهذا هو مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- وبه القضاء، وقيل: القول قول الرجل فى جميع ذلك، وقيل: يقسم بينهما كل ما اختلف فيه، وروى عن سحنون أنه قال: ما كان من متاع النساء فهو للمرأة بلا يمين، وما كان من متاع الرجال فهو للرجل بلا يمين، وحكى ذلك عن ابن القاسم، قال ابن رشد: إنما معنى ذلك إذا كان التداعى بين الورثة من غير تحقيق للدعوى فى المدعى فيه فإنما تكون إذ ذاك يمين تهمة وفى يمين التهمة قولان مشهوران، ويرجع فى ذلك كله إلى العرف والعادة، وكان ابن وضاح يجعل الخزى كله للرجل، وفى «كتاب

الاستغناء»، قال المشاور: إن علمت الزوجة فقيرة فلا يكون القول قولها إلا فى قدر صداقها ولابن جماهر الطليطلى أن الدجاج يحكم بها للرجل مع يمينه إذا ادعاها، وفى «المدونة» سئل مالك -رضى الله تعالى عنه- عن النسج تنسجه المرأة فيدعى الزوج أن الشقة له، قال: على المرأة البينة أن الكتان والغزل كان لها، وقال عيسى عن ابن القاسم: إن النسج للمرأة، وعلى الرجل البينة أن الكتان والغزل كان له فإن أقام البينة كانت شريكته فيه هى بقيمة نسجها وهو بقيمة كتانه وغزله، وما غزلته المرأة كانا شريكين فيه كذلك، قال بعضهم: بعد أن تحلف المرأة أنها غزلته له، وإذا خرجت الزوجة مع زوجها للقط السنبل وكان يحصد بالأجرة ثم تشاحا، فإن نقص من أجرته شيء بسبب لقطها معه رجع به عليها وكان ما التقطت لها.

فصل

فإن ادعت أن الخلع وقع عن إضرار بها فلها الرجوع فيما اختلعت به وأسقطته إذا ثبت ذلك، وإن وقع فى عقد الخلع أن ذلك كان دون إكراه ولا إضرار وأنها أسقطت البينة المسترعاة وغيرها فلا يضرها ذلك إذا ثبت الضرر، فإن ادعت ذلك وقال الزوج: إن ذلك، كان عن اختيارها ورضاها و لم تكن لها بينة وذهبت إلى إحلافه فلا يكون على الزوج يمين إلا بشبهة كالشاهد العدل، قاله ابن الهندي، ويثبت الضرر بوجهين بالشهادة القاطعة، وبالسماع المستفيض. **ويكتب فى الوجه الأول بأسفل وثيقة الخلع عقد:** يعرف شهوده فلاناً وفلانة الزوجين المذكورين فى كتاب الصداق المقيد هذا بين أسطره بالعين والاسم

معرفة تامة، ويعلمون أن فلانا لم يزل يضر بزوجه المذكورة فى نفسها بالخبط والإذاية من غير ذنب تستوجب به ذلك، وأنه لم يزل يضر بها فى مالها الضرر البين، ولا يعلمونه أقلع عن ذلك إلى أن وقع بينهما الطلاق والخلع المفيد بكذا؛ وذلك بسبب الضرر المذكور، وقيدوا على ذلك شهادتهم، قال ابن القاسم: وفى الشهادة القاطعة فى ذلك بعض المغمز لأنه مما لا يقطع به، وقال أصبغ: وذلك جائز إذا شهد به الشهود وقطعوا به ويثبت أيضاً بشهادة السماع الفاشى المستفيض على ألسنة اللفيف من النساء والخدم والجيران.

ويكتب فى ذلك: على عقد يعرف شهوده فلاناً وفلانة معرفة تامة، ويعلمون بالسماع الفاشى المستفيض على ألسنة اللفيف من النساء والجيران وغيرهم أن فلاناً الزوج المذكور لم يزل يضر بزوجه المذكورة فى نفسها ومالها ويسيىء عشرتها، ويتكرر ذلك لها منه المرة بعد المرة من غير سبب تستوجب به ذلك، ولا يعلمون أنه رجع عن ذلك بوجه إلى أن اختلعت له الخلع المقيد بكذا، وقيدوا بذلك شهادتهم فى كذا، قال ابن فتحون: فإذا ثبت الضرر حلفت أن خلعها لم يكن إلا بالإضرار.

يكتب فى ذلك عقد: حلفت بإذن القاضى فلان فلانة بحيث يجب وكما يجب يميناً قالت فيها: بالله الذى لا إله إلا هو لقد أضرنى زوجى فلان الضرر المسمى فى عقد كذا، وما كان إسقاطى لما أسقطت عنه فى رسم الخلع المقيد بكذا إلا لإضراره بى وإساءته إلى، وما كان ذلك عن طيب نفس منى ولا رضا به، ومن حضر اليمين المنصوصة عن الإذن واستوعبها من الحالفة قيد على ذلك

شهادته فى كذا، وهذه اليمين ذكرها ابن فتحون فى كتابه، وهى على مذهب «المدونة» ونص عليها ابن بطال فى «مقنعه» وابن بشير فى «مسائله»، وهى من قول أصبغ فى «سماعه»، ولابن القاسم فى سماع أصبغ من كتاب الشهادات نفى اليمين وعدم وجوبها، وإن كان الضرر يثبت بالسماع، وفى «الوثائق المجموعة»: لا يمين عليها إلا أن يدعى الزوج عليها ما يوجب اليمين فإن ادعى الزوج عليها ما يوجب اليمين فإن ادعى عليها شيئاً يرى له وجه مثل أن يقول: قد أمكنتنى من نفسها بعد ذلك وشبهه، حلفت الزوجة على ذلك فإن استرعت المرأة فى الضرر قبل وقوع الخلع وأشهدت بذلك فلا يمين عليها باتفاق.

ويكتب فى ذلك عقد: أشهدت فلانة على نفسها إشهاد استرعاء واستحفاظ للشهادة أنها متى اختلعت لزوجها فلان بشيء مما لها عليه أو أسقطت عنه حقاً من حقوقها أو التزمت له نفقة على أحد بنيها منه فليس ذلك عن طيب نفس منها، وإنما هو لإضراره بها وإساءته إليها وتعديه عليها ولرغبتها فى الخلاص منه، وأنها متى تخلصت منه فهى مرتجعة فيما تسقطه وغير ملتزمة بما تلتزمه من ذلك ولا راضية به إلا للوجه المذكور من الضرر بها وشهد على إشهادها بذلك فى كذا، ولا فائدة لهذا الاسترعاء إلا سقوط اليمين عنها، وقد ذكر بعض المتأخرين أن الضرر لا يثبت حتى يقطع الشهود على معرفته والمعلوم ما تقدم، ويثبت أيضاً بالشاهد واليمين على مذهب من يحكم بالشاهد واليمين فتحلف مع شاهدها ويصرف عليها ما أسقطت لأنه حكم فى مال، والطلاق ماضٍ على كل حال، ويثبت أيضاً بصالحات الجيران والخدم واللواتى يدخلن عليها، قال ابن الهندى فى «مقالات ابن مغيث»: وإن شهد به شاهد على القطع، وشهد معه

بالسماع نفذ ذلك أيضاً، ويجزئ فى شهادة السماع فى ذلك شاهدان عدلان، قاله ابن القاسم، والشهود الكثيرة أحب إليه فإن لم يكن غيرهما نفذ، فإن كان الزوج قد ضمن له أحد التبعة على المرأة فيما اختلعت ثم ثبت الضرر اختلفت فى ذلك شيوخ القيروان، وفى ذلك قولان:

أحدها: أن للزوج الرجوع عليه، قاله ابن العطار فى «وثائقه»، وغلطه بعضهم فى ذلك.

والثاني: أنه لا شيء على الضامن ولا على المرأة، وهو مذهب ابن القاسم إذا ثبت أنه كان يضر بها لفساد الأصل وسواء علم الضامن بالضرر أو لم يعلم على مذهب ابن القاسم لا شيء عليه، وإذا ثبت الضرر للزوجة وهى فى عصمة زوجها الوجوه المذكورة، ولم يكن لها شرط فى صداقها فهل لها أن تطلق نفسها كما تفعل إذا كان لها شرط أم لا؟ فى ذلك قولان:

أحدهما: أن لها ذلك فتطلق نفسها.

والثاني: أنها ليس لها أن تطلق نفسها إذا لم يكن لها شرط حتى تشهد بتكرار الضرر، فإذا شهد بذلك فوجب للسلطان النظر لأن تطلق عليه، ويجوز للشهود أن يشهدوا بمعرفة الضرر دون معاينة ولا مشاهدة إلا بالاستفاضة من قول النساء وغيرهن، ويقضى بالشاهدة، ويكون لها الأخذ بشرطها، قال ابن حارث: وليس الضرر وإن صح إقامة البينة عليه ولا آثاره الظاهرة بالذى يدل على الضرر، وللمالك أن يؤدب مملوكه كما للأب أن يؤدب ابنه، وكما للزوج أن يؤدب زوجته، وقد شج عبد الله بن عمر زوجته صفية، وكما للمعلم أن يؤدب

متعلمه، وكما للحكام المقدمين للنظر بين المسلمين أن يؤدبوا الظالم بضروب التأديب ومقادير الذنوب مختلفة، وكل من ولاه الله تعالى شيئاً من ذلك فهو مأمون عليه ومصدق فيه إلا أن يظهر تعديه فيضرب على يديه، وإن صح على المالك التعدى على مملوكه فى أدبه لم يبع عليه من أول مرة، وإنما يتقدم إليه بالزجر والكف، فإن تمادى على إضراره وصح ذلك فحينئذ يباع عليه، قال: إلا أن يكون المالك من أهل الشر والتعدى معروفاً بذلك مشهوراً كأهل العربدة والفسق الذين لا يرجعون عما يفعلونه، فإن ثبت حاله مع آثار الضرر المشاهدة بالمملوك وجب أن يباع عليه، ولا يكلف المملوك إثبات الضرر، قال ابن زرب: وقد كان بعض الشيوخ ببلدنا يفتى بأن تكرر المملوك بالشكية مما يوجب بيعه على مولاه، قال: وهذا إذا كان بمجهول الحال، فإن كان من أهل الخير فلا يباع عليه إلا بثبوت الضرر؛ وسئل سحنون عن المرأة تشتكى أن زوجها يضربها وبها أثر ضرب ولا بينة لها على معاينة ضربها، فقال: إنما يسئل عنها جيرانها فإن قالوا إن مثله لا يترع عن ظلمها وإذائها أدبه وحبسه، قيل: فإن سمع الجيران الصياح منها ولم يحضروا ضربه إياها، فقال: لاشك فى هذا أنه يودب لأن هذه الآثار لو كانت من غيره لشكا هو ذلك، وأنكره؛ ذكر ذلك ابن فتحون، قال غيره: وروى سحنون أن المرأة تطلق على زوجها إذا صنع بها من المثلة مثل ما يعتق به المملوك على سيده، وإذا ترددت المرأة فى شكوى ضرر زوجها به أمر جيرانها يتفقدون أحوالها فإن لم يكن فى الجيران من تجوز شهادته أمر بالسكنى بها بين قوم صالحين، ولا يلزمه أن ينقلها من سكنى البادية إلى الحاضرة ولكن يأمره بإسكانها حيث يجاورها من يشهد لها، وكذلك إن كان فى طرف الحاضرة أمر

بالسكنى بها فى موضع يتبين فيه حالها وكذلك إذا شكت الوحدة والوحشة ولم تشك الضرر فعليه أن يضمها إلى موضع مؤنس إلا أن تكون عرفت ذلك ودخلت عليه فلا يلزمه نقلها فإن تبين الضرر للجيران من الزوج أدبه وزجره، وإن لم يتبين للجيران وأشكل الأمر كل الإشكال طال ترددهما فلا يلزمه السكنى بها فى دار أمين على الأشهر، وأنكر ابن لبابة الأمينة، وقال: لا يقضى بذلك إلا أن يتفق الزوجان عليها، وقال غيره: يقضى بذلك إذا أشكل الأمر، وتكون نفقة الأمينة على الزوجين، وفى كتاب «الاستغناء»: إذا ادعى الضرر من زوجته ودعا إلى دار أمين كان له ذلك بأى وجه ادعى، فإن لم يظهر شيء للأمين على قول من قاله بعث بينهما الحكمين، ينظر لهما السلطان عدلين فقيهين من أهلهما إن كانا وإلا فمن غيرهما، ويوجههما إليهما فيسألان كل واحد منهما عن حالهما وعما نقم من الآخر، ويستبطنان حالهما، ويدخلان عليهما المرتين والثلاثة ولا يكونان معهما ملازمين حتى يصلحا بينهما إن أمكنهما وإن لم يمكنهما فرقا بينهما على أى وجه رأياه من إسقاط أو غيره مما يجتمعان عليه، فإن اختلفا فليس بشيء حتى يجتمعا على الحكم وينفذ ذلك السلطان.

ويكتب فى ذلك عقد: حضر عند القاضى بمدينة كذا فلان وفقه الله تعالى فلان وفلانة، وذكر أنهما زوجان وشكا كل واحد منهما الضرر من صاحبه وطال ترددهما إليه وشكواهما فأمر جيرانهما بتفقد أحوالهما فلم يتبين حالهما فاقتضى نظره أن بعث بينهما فلاناً وفلاناً الأمينين بعد أن ثبت لديه زوجيتهما على أعيانهما فاستبطنا حالهما فلم يمكنهما بينهما الإصلاح، ففرقا بينهما بطلقة

بائنة على أن سقط عنه الكالئ أو على وجه كذا وأعلم الحكمان المذكور أن القاضي وفقه الله تعالى بما ظهر لهما وبما حكما به وثبت ما حكما به فأمضاه، وأنفذه بعد الإعذار فى ذلك إلى من يجب كما يجب، وشهد على القاضى بما فيه عنه من أشهده به بموضع نظره من كذا، وأشهد الزوجان بما فيه عنهما، وحضر إعلام الحكمين للقاضى بما حكما به من ذلك ووعاه منهما وقيد على ذلك شهادته فى كذا، قال ابن رشد: ولا إعذار فى حكم الحكمين لأنهما لم يحكما بشهادة قاطعة ولا يقوم على الزوج بالضرر أب ولا وصى ولا غيرهما إلا بتقديم المرأة على ذلك لأن لها الرضا بذلك.

فصل

فإن ادعت المرأة على زوجها أنه طلقها أو حلف يمينا بالطلاق وحنث فيها وأنكر هو ذلك فلا يمين عليه، فإن زعمت أن لها بينة، فقال القاضى ابن رشد: يوقف عنها يوماً أو يومين، وقال الباجى وغيره: ثمانية أيام، فإن لم تثبت شيئاً ردها عليه، وإن أقامت شاهداً واحداً عدلا وجبت عليه اليمين، فإن حلف ردت عليه، وإن نكل عن اليمين، فقيل:تطلق عليه، وقيل يحبس عاماً فإن حلف وإلا أطلق ودين، وبهذه الرواية القضاء، وقيل: يحبس أبدا حتى يحلف، وتؤمر إذا ردت إليه بأن لا تتزين ولا تتطيب ولا يأتيها إلا وهى كارهة.

ويكتب فى ذلك **عقد**: حضر عند القاضى فلان -وفقه الله- فلان وفلانة وزعما أنهما زوجان وزعمت المرأة أن زوجها المذكور طلقها طلقة واحدة أو

أنه حلف بالطلاق وحنث فيه، وأنكر هو ذلك فأتته بفلان فشهد عنده بما زعمته المرأة من الطلاق، وتمادى الرجل على إنكاره، فأعذر إليه فى شهادة الشاهد فلم يكن عنده فيه مدفع فوجبت عليه اليمين فحلف بحيث يجب، وكما يجب أنه ما طلق زوجته وأنها فى عصمته واقتضت الزوجة يمينه على ذلك كما يجب، وثبت ذلك كله عند القاضى وزوجيتها على أعيانهما فنظر فى ذلك نظراً وجب أن يدينه ويخلى بينه وبينها بعد الإعذار فى ذلك كله إلى من يجب بما وجب أن يعذر به فلم يكن عند من أعذر إليه فى ذلك مقال ولا مدفع، وأمرها أن لا يأتيها إلا وهى كارهة، وشهد على القاضى بما فيه عنه من أشهده الزوجان بما فيه عنهما فى كذا. قال ابن فتحون: وشهادة المرأتين فى ذلك تقوم مقام الشاهد العدل وفى «مسائل القاضى أبى عبد الله بن الحاج»: سئل فى امرأة أقرت حال طلاقها أن زوجها كان قد طلقها طلقتين ثم أكذبت نفسها، فقال: إذا كان إقرارها بذلك فى العصمة فلهما أن يتراجعا بعد يمين المرأة أن ذلك الإقرار منها إنما كان لأمر تذكره من إساءة إليها منه أو بغض منها فيه، وما أشبه ذلك مما يظهر به أمرها فى إقرارها، فإن نكلت عن اليمين لم يصح بينهما مراجعة لأنها قد كملت لها الثلاثة بإقرارها، ولو كان إقرارها بعد تصرم العصمة لما كان له أن يراجعها، ولما صح أن يمكن فى ذلك من اليمين بوجه، وذلك ينبغى أن يكون الحكم.

طلاق المريض نافذ وترثه المرأة إن مات من مرضه ذلك، وإن كان الطلاق بائناً أو كانت يميناً فى الصحة حنث بها فى المرض أو أوقعته المرأة بتمليك أو تخيير أو غير ذلك، فإن كانت هى مريضة فلا يرثها وحاضر الزحف حكمه

حكم المريض، وفى راكب البحر روايتان، فإن كان المرض مزمناً مثل الجذام والحزر ونحو ذلك فهو على الجواز لتصرفه بعلته وقلة الخوف عليه.

ويكتب فى ذلك ما نصه: إلا أن المطلق مجذوم أو مريض مرض زمانة متصرف فى أموره جائز الفعل فإن بلغت حالة مبلغ الإحضاع والخوف عليه فحكمه حكم المريض، وفى «مسائل ابن الحاج» فى رجل طلق امرأته وتضمن العقد أنه طلقها فى صحة فلما توفى أثبتت المرأة عقداً آخر أن الطلاق كان فى حال المرض متصلاً بوفاته، وثبت فى العقد الأول بشهود كثيرة أنه كان يتصرف راكباً أو ماشياً فأفتى بإعمال عقد الصحة إذا لم يكن للمرأة فيه مدفع، قال: وبذلك أفتى الفقهاء بقرطبة.

الرجعة

يكتب فى الرجعة من الطلاق الرجعى عقد: ارتجع فلان زوجة فلانة من طلقة واحدة رجعية أوقعها عليها فى تاريخ كذا دون مؤامرتها بما وجب له من ذلك إذ لم تنقض عدتها، وأشهد بذلك من عرفه فى كذا، وإن كان فى العدة طول من مرض أو رضاع أو حمل أو غير ذلك فتكتب بعد قولك: دون مؤامرتها ما نصه: بما أوجب له من ذلك إذا لم تنقض عدتها لاستحاضتها أو لتمادى حملها أو لارتباطها من انقطاع حيضتها وبمحضرها وتصديقها إياه على ذلك، وشهد بذلك عليها فى كذا.

بيان: لا يحتاج فى هذه الرجعة إلى ولى ولا صداق ولا رضا من المرتجعة ما دامت العدة، فإن صدقته فى بقاء عدتها نفذ ذلك، وإن أكذبته فى الفور وادعت انقضاء عدتها بالحيض فإنها تصدق فيما يصدق النساء فى ذلك من المدة، واختلف فى ذلك فقيل: خمسة وأربعون يوماً، وقيل أربعون يوماً، وقيل: شهر وهو ضعيف، وإن ادعت انقضاء عدتها بسقط قبل قولها، وإن كان بعد الطلاق بيوم ولا يمين فيه عليها ولا يلتفت إلى تكذيب الجيران لها وهى مصدقة فى ذلك ومأمونة عليه فإن سكتت بعد الارتجاع ثم قامت بعد ذلك لم تصدق عليه، وتصح هذه الرجعة بالقول والفعل مع النية، ولا تصح بمجرد النية، ويستحب له الإشهاد، فإن أغفل الإشهاد حتى انقضت العدة لم يقبل قوله أنه ارتجعها فى العدة سواء صدقته أو كذبته إلا أن يثبت خلوته بها أو إقراره بذلك فى العدة.

وتكتب فى الرجعة من الطلاق المملك عقد: راجع فلان زوجه فلانة من طلقة مملكة أو خلعية أوقعها عليها بعد البناء منذ كذا على أن بذل لها كذا قبضه أو برسم الحلول راجعها إليه بإذنها ورضاها وتفويضها إليه ذلك والدها أو أخوها فلان، وهى ثيب حل للمراجعة عليها، وشهد على المتراجعين والولى بما فيه عنهم فى كذا.

بيان: لابد فى المراجعة من الطلاق البائن غير الرجعى من رضا الولى ورضا الزوجة، ومن الصداق وهو كالنكاح سواء لأنها إذا ملكت نفسها فقد صارت منه أجنبية إلا أنه يراجعها فى العدة لأنها عدته والماء ماؤه، فإن كانت مريضة أو حاملاً قد بلغت ستة أشهر فما زاد فلا يجوز عقد المراجعة عليها، وإن كان لها شرط فى أصل الصداق فهى باقية ولازمة له بهذه المراجعة، وإن لم ينص عليها فى

المراجعة، ولا يسقط ما بقى من ذلك الملك شيء حتى يطلقها بالثلاث، وليس لها إسقاطها عنه، وإن كان الزوج سفيها أو عبداً فلابد من إذن سيده فى المراجعة من الطلاق البائن، ولا يحتاجان لذلك إن كان الطلاق رجعياً ولهما الارتجاع دون إذن السيد والوصى إلا أن يكون المحجوز صغيراً فلا يراجع عنه إلا وليه، وإن كان قد بنى لأن بناءه لا يؤثر ووطئه لا يحل ولا يحصل، ويعقد فى مراجعته مثل ما يعقد فى المراجعة من الطلاق البائن.

النفقات للمطلقات وغيرهن وما اتصل بذلك

لا نفقة للمطلقة على زوجها إلا أن يكون الطلاق رجعياً فتلزمه النفقة إلى تمام العدة، وأما الطلاق البائن والمملك فلا يلزم الزوج فيه نفقة الزوجة إلا أن تكون حاملاً فتكون عليه النفقة بسبب الحمل، ولا يحكم عليه بها قبل أن يتبين الحمل، فإذا تبين الحمل أدى نفقة ما مضى وما يأتي، قال ابن رشد: والحد الذى يتبين فيه الحمل هو تحرك الولد على المشهور فى المذهب.

ويكتب فى ذلك عقد: وقفت شهيدتاه من القوابل العارفات بأحوال النساء إلى بطن فلانة ولمستاه لمساً شافياً فتحققتا أن بها حملا ظاهراً قد تحرك وفشا، وقيد بذلك شهادتهما فى كذا.

بيان: وقد روى عن مالك -رضى الله تعالى عنه- أنه لا يحكم بالنفقة للحامل حتى تضع الحمل فتعطى إذ ذاك نفقة ما تقدم مخافة أن يكون ريحا فينفش، والمشهور عنه ماتقدم، وعلى المشهور إذا انفش رجع عليها بما أخذته،

وقيل: لا يرجع عليها، وإن دفع النفقة لها تطوعاً ففى رجوعه بها أيضاً عليها، قولان، وإن مات الزوج انقطعت النفقة عليها، وقيل: لا تنقطع كالسكنى، وأما المتوفى عنها إذا كانت حاملاً فلا نفقة لها بوجه، وفى أم الولد قولان،

مشهورهما: لا نفقة لها وأقل مدة الحمل بإجماع من العلماء ستة أشهر، أي: أنه لا يتم بعد الوطء إلا فى ستة أشهر، فإن ولد لأقل من ذلك لم يلحق بالزوج، قال ابن القاسم: وقد يكون الشهر السادس منها من تسعة وعشرين يوماً، وأنكر أن يكون فى أكثر، قال ابن دينار: يلحق به وإن نقص ليلتان أو ثلاث قدر ما بين الأهلة، قال القاضى أبو الفضل عياض فى «التنبيهات»: وقد وقعت قديماً بفاس امرأة جاءت بولد لخمسة أشهر وأربعة وعشرين يوماً فاختلف فيها الفقهاء، والصواب أن لا يلحق هنا إذ لا يصح توالى ستة أشهر نقص، وبه أفتى من فقهائنا أحمد بن القاضى ومحمد بن العجوز وعبد الله بن المسلي، وخالفهم أبو على القيسي، وقد تعرض عوارض فيقعد الولد إلى اثنى عشر شهراً وأكثر، واختلف العلماء فى أكثر مدة الحمل، فقيل: سنتان وهو قول أبى حنيفة، وقيل: أربعة وهو قول ابن القاسم ومشهور قول الشافعية، وقيل: سبعة أعوام وهو مروى أيضاً عن الشافعية والمالكية، وقال مالك -رضى الله تعالى عنه- خمسة أعوام، وبه القضاء والحكم عند المالكية، وقال القاضى أبو محمد عبد الوهاب: المشهور فى أكثر مدة الحمل أربعة أعوام، وقال الزهري: ست سنين وسبع سنين، فإذا ولدت بعد مدة أكثر الحمل لم يلحق الولد بالزوج قلت الزيادة أو كثرت، وفى كتاب «النفقات» لابن رشيق: كتبت إلى الفقيه أبى محمد بن دحون بقرطبة أسأله عن امرأة طلقها زوجها طلقة مباراة فادعت أنها حامل منه وثبت

الحمل فأنفق عليها أكثر من عام ولم تضع فوقفها عند الحاكم، فقالت: إن الجنين فى بطنى وهو فيه ميت، فكتب إلى مجاوباً: إذا مات الجنين فى بطنها كما زعمت فقد انقطعت النفقة إذا كانت النفقة بسبب الجنين، وقال به أيضاً الفقيه أبو محمد بن الشقاق وزاد، قال: وانقضاء عدتها منه بالوضع، وإذا مضى لها ثلاثة أشهر، فقالت: إن عدتها لم تنقض وكانت متهمة حلفت سواء كانت فى ولاية أو فى غير ولاية، فإن الدعوى عليها فى بدنها، وتمادت فى عدتها إلى انقضاء السنة، وللزوج إحلافها فى كل ثلاثة أشهر فإذا انقضت السنة نظر إليها النساء فإن أحسسن ريبة حلفت أن عدتها لم تنقض، وتمادت فى السكنى إلى انقضاء خمسة أعوام فينقطع سكناها، وكذلك إذا لم يوجد بها ريبة عند انقضاء السنة انقطع سكناها، وتمادت فى عدتها وفى كتاب «الاستغناء»: إذا خاف الزوج أن تجحد المرأة الحيض لتمام العدة وكانت ممن يتهم فله أن يجعل معها امرأة صالحة ترقب ذلك منها وتتعرف أحوالها ويعمل عليها، ولابن سحنون من سؤال حبيب فيمن طلق امرأته فوجب لها المقام فى منزله فى العدة فتريد أن تكون معها أمها أو قريبة لها أو ختنتها فمنعها الزوج من ذلك فلها ذلك ولا تترك وحدها، قال فى «الاستغناء»: ليس لها أن تسكن معها أكثر من امرأة واحدة بخلاف المكترى فله أن يسكن معه من أراد لأنه يعطى الكراء على منافع الدار، قال غيره: وكذلك للزوج أن يسكن معها فى الدار امرأة صالحة إن كان له فى الدار متاع يخافها عليه، فإن لم يجد فعليه إخراج متاعه، وإن كان فى الدار فضل عن سكنى الزوجة فله أن يكريها لنفسه ما لم يضر بها. قال الأبهري: وله إن خافها على نفسها فى العدة أن يكترى لها أجيرة تكون معها إلى انقضائها، وللحامل

المطلقة طلاقاً مملكاً مع النفقة الكسوة كالرجعية، قال مالك -رضي الله تعالى عنه- وينظر إلى قدر ما بقي من مدة الحمل من حين الطلاق فيفرض لها قدر ذلك من الكسوة ثمنا وتعطاه دراهم، وإن كانت عليها كسوة حين طلقها بقيت عليها إلى الوضع، فإن لم يكن بها حمل وأراد أخذ الكسوة فإن كان مضى لابتياعه الكسوة ثلاثة أشهر فما فوقها فليس له أخذها ولا شيء له فيها وإن كان أقل من ذلك فهي للرجل، وفي كتاب «الاستغناء»: قال المشاور: الواجب أن يكون لها أخذ الكسوة كل حال كانت، وهو قول أكثرهم، وقول مالك - رضي الله تعالى عنه- وهذا استحسان فإن تنازعا في الكسوة التي عليها وادعى الزوج أنها له، وقالت المرأة: إنها متاعها؛ فإن كانت من كسوة البذلة فالقول قوله مع يمينه، وإن لم تكن من كسوة البذلة فالقول قولها مع يمينها، وقال ابن دحون: القول قول المرأة على كل حال لأنها ما سكنها، وإن ادعى أنه كساها إياها بعد الطلاق فالقول قولها وهو المدعي في ذلك، فإن كانت الحامل مرضعا فلها مع نفقة الحلم أجرة الرضاع على المشهور، ولها أيضاً السكنى حتى ذلك، وإذا سكنت الحاضنة داراً على القول بأن على المحضون حظه من الكراء، فإنما يطرح حظه من كراء البيت وحده لا من جميع الدار، ويكون أيضاً عليه إخدامه بعد تمام الرضاع إن كانت حالة تتسع لذلك، ولا خدمة للحامل المطلقة ولا للمرضع على زوجها، وإن كانت مخدمة قبل الطلاق، قاله ابن عتاب، وبه جرى العمل قال: إلا أن المرضع تزاد في الأجر بسبب اشتغالها بالولد، قال ابن سهل: وفي كتاب إرخاء الستور من «المدونة» خلاف ذلك، وفرض النفقة على قدر

حال الزوج، وكذلك أجرة الإرضاع، فإن قال: إنه لا يقدر على أداء ما فرض عليه وذهب إلى إثبات حاله،

فيكتب فى ذلك عقد: يعرف شهود فلاناً ويعلمونه ضعيف الحال بادى الإقلال مقدور عليه فى رزقه غير قادر على أداء ما فرض عليه لزوجه المذكورة فلانة بسبب الحمل الذى بها منه أو بسبب إرضاعها ابنه فلاناً لفقره وضعف حاله كما ذكر وحالته متصلة على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

بيان: فإذا ثبت ذلك وفرض عليه مقدار ما يتحمل فإن لم ترض الأم بذلك كان للأب أخذه، ويرضعه غيرها عنده إلا أن لا يقبل غيرها فتجبر على إرضاعه بأجره مثلها، وفى كتاب «الاستغناء»، قال أحمد بن نصران: تصدق من يجرى النفقة على بعض ولده بجل ماله جاز ذلك إذا ترك لنفسه شيئاً، ويفرض عليه على قدر ما بقى عنده، فإن لم يترك شيئاً لم تجز الصدقة وفسخت، قال[1] المشاور: لا تجوز الصدقة على ذلك، وكأنه اتهمه، وقال ابن جماهر الطليطلي: إذا خرجت الأم إلى الضائفة سقط عن والدهم الفرض طول مقامهم فى الضائفة، ومن كتاب «الاستغناء» فى المجالس ما كان من كسوة الولد وتدعى أنها خلقت عليه أو أتلفها فى خروجه عنها حلفت، وكانت من الأب، قال المشاور: وهى منها وبه العمل، وما قبضته الزوجة من نفقة ولدها وادعت تلفه فهى ضامنة له إلا أن تقوم لها بينة بالتلف فيسقط ضمانها إلا فى أجرة الرضاع

(1) فى الأصل بدون لفظة (قال)، وأثبتها مراعاة للسياق والسباق.

ونفقتها الخاصة بها فهى ضامنة لذلك قامت بها بينة أو لم تقم، وإن كانت قبضت نفقة أولادها المدة معلومة فمات أحدهم فإنها ترد ما يخصه لما بقى من المدة، وكذلك ترد ما بقي من الكسوة وإن رثت، وقيل: إذا كانت الكسوة قد خلقت فلا شيء للأب فيها كما تقدم فى كسوة الزوجة.

ويلزم الأب النفقة على ذكور بنيه إلى البلوغ، وعلى الإناث إلى تزويجهن بعد البلوغ ودخول أزواجهن بهن، فإن كان بالولد زمانة مثل أن يكون أعمى أو مقعداً أو نحو ذلك ففى ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أن النفقة ساقطة عنه إذا بلغ كان ذلك منه قبل البلوغ أو حدث به بعده، وهى رواية ابن وهب.

والثاني: أنها تجب عليه بلغ بذلك أكره عليه بعده، وهو قول ابن الماجشون واستحسنه بعض الشيوخ.

والثالث: وهو قول ابن القاسم أنه إن بلغ صحيحاً ثم طرأ عليه ذلك بعد ذلك فلا تعود النفقة عليه، ولا تلزمه بعد سقوطها، وتكون عليه النفقة إذا بلغ بحال زمانة، وعلى القول بلزومها وهو المعروف إلى ذهابها وقدرته على التصرف فى معايشه، وكذا إذا زوج الأنثى قبل البلوغ ثم طلقها زوجها وعادت إليه ففى لزوم النفقة له عليها اختلاف، وكذلك إن كانت للولد صناعة لا تدركه بتعلمها معرة تقوم منها نفقته وكسوته، فإن ذلك يسقط عن الأب إلا أن تكسد أو يمرض فتعود، وكذلك الصبية إذا كانت لها صناعة رقم أو غيره، فإن كان ذلك أقل مما يكفها فله أن يستعين بذلك فى نفقتها ومؤنتها، وإذا قال الأب:

ليس عندى ما أنفق فأرسلى إلى أولادى يأكلون معى ويَبِيتون عندك كان ذلك له إذا عرف بذلك الحال و لم يرد الإضرار بهم، وكذلك إن كان صانعاً وأراد أن يكونوا معه بالنهار ويرسلهم بالليل كان ذلك له.

وإذا ادعى الأب العدم فى نفقة بنيه فإنه يسجن حتى يثبت عدمه بخلاف المزوجة التى فى ملكه فإنه لا يسجن إذا ادعى العدم فى النفقة عليها حتى يظهر لدده ويكلف إثبات العدم من غير سجن، وله أن ينفق على أولاده من أموالهم إن كان لهم مال، فإن أنفق من عند نفسه وأبقى أموالهم فله الرجوع فيه إن شاء من يوم أفادوا ذلك، فإن مات الأب قبل ذلك وأراد الورثة الرجوع فيه، فقال ابن القاسم: إن كان عيناً لم يكن لهم الرجوع، وإن كان عرضاً فلهم الرجوع فيه، وتحرير ذلك ما قاله علماؤنا أنه إن كان عيناً وألفى على حاله فى تركته فلا رجوع فيه إلا أن يوصى الأب أن يحاسب، قال ابن رشد: يكون مع ذلك قد كتب النفقة وإلا فلا، وإن كان عرضاً أو حيواناً وألفى على حاله فى التركة فللورثة الرجوع بالنفقة فيه إلا أن يوصى الأب أن لا يحاسب بها الابن، قال ابن رشد: ويكون مع ذلك لم يكتب النفقة عليه، وإلا فلا تجوز وصيته لأنه إن كان كتبه دل على أنه لم يرد أن يتطوع بها فوصيته بذلك وصية لوارث هذا إن كان المال بيده، فإن كان لم يقبضه ولا صار بيده فسواء كان عيناً أو عرضها هو بمنزلة ما إذا كان عرضاً بيده، والحكم فى ذلك واحد، وإن كان عيناً قد حصل فى ذمته فإن أشهد به على نفسه فلا يحاسب الابن بالنفقة، ويصير بمنزلة العين الحاضر، وإن كان قد أدخله فى ماله ولم يشهد به وقد عرف أصله فهو كالعروض، ويحاسب الابن بالنفقة فى ذلك، قاله أصبغ.

وسأل ابن رشد فى رجل توفى، وقد كان وهب لابنته محجورته جميع رباعه وأشهد لها بما اجتمع لها بيده من غلاتها ثم قام ابن عمها الوارث معها يطلب نقض ذلك ومحاسبتها بالنفقة، فقال: الهبة ماضية وإشهاد الوالد بما اغتل لها من ذلك نافذ لها، ويحكم لها به فيما تخلفه إذا أشبه ذلك، ولا يحاسب الأب بالنفقة فيما اغتله لها ولا فيما وهبه لها ولا فيما وهب لها لإشهاده لها بذلك على نفسه لأنه لما أشهد به دل على أنه لم يرد محاسبتها فى ذلك بشيء من نفقته عليها، والرواية بذلك مأثورة عن مالك -رضى الله تعالى عنه.

وسأل ابن رشد أيضاً فى رجل كان وصياً بقيمة فأشهد عند موته أن لها عليه عشرين مثقالاً، ولم يدع هو أن له عليها شيئاً، فيموت ويثبت الورثة أن له عليها حصانة، ويطلبون محاسبتها، فقال: إشهاد الموصى عند موته بالعشرين مثقالاً يوجبها لها ويبطل دعوى الورثة، ولا يلتفت إلى ما أثبته ولا يحاسبونها بشيء، ولا فرق بين موت الأب وموت الابن فيما يجب من محاسبته بما اتفق عليه أبوه إلا أنه إذا مات الابن وكان الأب غنياً، فروى ابن القاسم: أن عليه اليمين بخلاف أن يكون مقلاً فهو مصدق فى ذلك دون يمين.

ومن أنفق على صغير يتيم أو من له أب فله أن يرجع بذلك فى أموالها إذا كانت له بالنفقة بينة، وكذلك إذا لم يكن للابن مال كان أبوه موسراً لأن يسر الأب كمال الابن هذا إذا أنفق وهو يعلم بالمال أو يسر الأب، وأما إذا أنفق وهو يظن أن لا مال للابن ولا لأبيه فليس له الرجوع فى ذلك كما إذا انفق عليه وهو لا مال له ثم أفاد بعد ذلك مالا فلا رجوع له باتفاق، وقيل فى الأول:

له الرجوع، والقولان قائمان فى «المدونة»، وإن كان المنفق وصياً من أب أو قاض فله الرجوع بذلك فى ماله دون يمين تلزمه، ولا إثبات لأنه مأمور بالإنفاق على اليتيم، وقيل: عليه اليمين وإن كان غير وصى فلابد من إثبات حضانته له وكفالته ويمينه بعد ذلك، ولا يحتاج إلى أن يشهد أن إنفاقه إنما هو ليرجع به وروى أنه ليس له أن يرجع إلا أن يكون قد أشهد.

ويكتب فى ذلك عقد: يعرف شهوده الصبى فلاناً ويعلمونه صغيراً يتيماً فى حضانة قريبه فلان المعروف عندهم منذ كذا وكذا عاماً، وفى كفالته وتحت إنفاقه لا يعلمونه انتقل عن ذلك حتى الآن أو بطوال مدته، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، فإذا ثبت فيكتب نص اليمين، **ونصه:** حلف عن إذن قاضى الجماعة بكذا وهو فلان -وفقه الله تعالى- فلان الحاضن المذكور أعلاه أو بمقلوبه بحيث يجب، وكما يجب يميناً قال فيها: بالله الذى لا إله إلا هو لقد أجريت النفقة والكسوة والمؤن كلها على الصبى فلان المذكور فيه بطول المدة المسماة فيه من مال لا رجع عليه بذلك وأحاسبه، وما قبضت من ذلك قليلاً ولا كثيراً، ولا وهبت، ولا أسقطت، ولا أحلت ولا استحلت، ولا أخذت بذلك كفيلا، ولا رهناً ولا عرضاً، ولا خرجت عن ذلك، ولا عن شيء منه بوجه حتى الآن، ومن حضر اليمين المنصوصة عن الإذن واستوعبها من الحالف وعرفه قيد على ذلك شهادته فى كذا، وفى كتاب «الاستغناء»: قال المشاور فى رجل تزوج امرأة لها أولاد وكان الأولاد مع أمهم على مائدة زوج أمهم وفى بيته وداره زماناً، ولهم أصول ودور فلما بلغوا قام يطلبهم بالنفقة فأنكروه، وقالوا: لم نأكل إلا ما لنا وأقام الربيب البينة أنهم كانوا على مائدته، ولا يعلمون

الإنفاق ممن كان إلا أن القول قول الربيب الحاضن المنفق مع يمينه، ويرجع بذلك فى غلات أصولهم وفى الأصول إن لم تف الغلات بذلك فإن شط له عليهم شيء من النفقة لم يكن له اتباعهم بها، وفى «المجالس»: إذا بلغ الأيتام فأنكروا الإنفاق فالبينة على الربيب بالإنفاق وإلا حلفوا أنه لم ينفق عليهم شيئاً وسقط ذلك عنهم، وبالأول العمل، ويلزم الابن نفقة أبويه الفقيرين صغيراً كان الابن أو كبيراً ذكراً أو أنثى، ولا مقال لزوج الأنثى، فإن تعدد الأبناء أدوها على السواء، وقيل: على قدر اليسر، وقيل: على قدر مواريثهم، وعلى الأبوين إثبات عدمهما، ولا يجبران على المشهور، فإن ادعى الابن العدم فعلى الأب إثبات يساره لأنه النفقة إنما هى فى ماله بخلاف الدين فإنه فى ذمته، وكذلك إن كان الابن غائباً فلا تباع فى ذلك أصوله بخلاف نفقة بنيه وزوجه، وما فى «المدونة» و «العتبية» من بيع مال الغائب فى نفقة أبويه محمول على ما عدا الأصول واستحسان على غير قياس، وكذلك ينفق على زوجته كانت أم الابن أو لم تكن، موسرة كانت أو معسرة، وعلى خادم إن كانت لها، ولا تلزم النفقة للجد ولا لغيره من القرابات غير الولد والابن.

فصل

ويجب على الزوج النفقة لامرأته إذا دعت إلى البناء وطالبته بذلك هى ووليها.

ويكتب فى ذلك إذا ترافعا إلى الحكام عقد: التزم فلان أن يبنى على زوجه فلانة عند انقضاء أجل كذا، وأن يجرى عليها النفقة والمؤن من الآن إذا دعته إلى ذلك وطلبته وبمحضرها أو وليها فلان وموافقتهما، وأشهدا بذلك فى كذا، وإن تطوع بتمليكها إن لم يبن بها، قلت بعد الالتزام ما نصه: وتطوع لها أنه إن لم يبن بها عند تمام الأجل المذكور فقد جعل أمرها بيدها فى طلقة واحدة تملك بها نفسها، فإن كانت الزوجة صغيرة لا تطيق الوطء فلا نفقة لها، وكذلك الزوج إن كان صغيراً لا يطيق الوطء فلا نفقة عليه حتى يتمكن من الاستمتاع، وهى على قدر حال الرجل والمرأة والبلد وما عليه العامة والسعر، وإن أكل الناس الشعير أكلته وأمر الإدام كذلك، ولا يفرض العسل والسمن والفاكهة، ويفرض الزيت والخل والحطب والماء واللحم المرة بعد المرة، وأمر الكسوة كذلك، فإن كانت حديثة عهد بالبناء فليس عليه سوى شورتها التى تجهزت بها إليه من ملبس وغطاء ووطاء، وله الاستمتاع بذلك معها، وإن لم يكن فى صداقها ما تشور به لقلته أو بعد عهدها بالبناء حتى خلقت شورتها فعليه كسوتها يفرض لها فى الصيف ما يليق به وفى الشتاء ما يليق به، قال بعض المفتين: إن كان الصداق واسعاً فلا كسوة لها عليه قبل العام، وإن كان ضيقاً فعليه الكسوة متى طلبتها، وليس عليها أن تتبذل الهدية، ولكن حقها أن تتزين له بالهدية وقتا بعد وقت،

وليس عليه كحل ولا مشط ولا أجرة حجامة ولا أجرة الطبيب فيما يفرض لها، وقال ابن عبد الحكم: عليه أجرة الطبيب إن احتاجت إليه وفى أجرة القابلة قولان: أظهرهما: وجوبها عليه، وتقدير زمان النفقة على قدر حال الزوج ويسره خاصة: فإن كان موسراً وسع فى المدة وفى النفقة كالأربعة الأشهر والثلاثة والمتوسط كالشهور والشهرين، والمعسر بالشهر والجمعة واليوم، وعلى قدر ما يرى أنه يقدر أن يقدمه، وفى «المجموعة»: الحاكم مخير بين أن يأخذ الزوج بما يفرض عليه بعينه أو بثمنه، قال أبو الطاهر بن بشير: ولو أراد الزوج أن يدفع إلى المرأة ما فرض لها وطلبت هى ثمنه لكان لها الثمن لأن لها أن تأخذ ما هو أرفع على حسب ما تختاره، وقال بعض المتأخرين: له أن يعطها عن جميع لوازمها ثمناً إلا الطعام ففيه قولان، والقادر بالكسب كالقادر بالمال، ولا يجبر على العمل، فإن ادعى أنه معسر فلا يفرض عليه فرض المعسر حتى يثبت هذا **العقد:** عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمونه ضعيف الحال بادى الإقلال قليل التجر، مقدور عليه فى رزقه وحاله متصلة على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

بيان : إذا أثبت هذا العقد سقط عن الزوج الإنفاق الذى يلزم الموسر، وكان عليه القوت من الدقيق أو الخبز إن كان لا يستطيع الدقيق والغليظ من الثياب، وسقط عنه الإخدام، ويدفع ذلك بالشهر أو بالجمعة أو باليوم كما تقدم ذلك بعد يمينه، فإن ادعى العجز عن النفقة وذلك عن القوت وعما يوارى العورة من الكسوة وادعى العدم فلا يحبس حتى تقوم عليه شبهة يظهر بها لدده، وعليه إثبات ذلك إن أكذبته الزوجة.

ويكتب فى ذلك عقد: يعرف شهودة فلاناً، ويعلمونه فقيراً عديماً لا مال له ظاهراً ولا باطناً وحاله متصلة على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، فإذا ثبت ذلك حلف أنه لا مال له، وأن الذى يفرض عليه لا يقدر عليه، فإذا حلف أجل فى الكسوة إن قدر على النفقة دون الكسوة وفرق بينهما بعد الشهرين ونحوهما، وإن لم يقدر على واحد منهما فلا يؤجل إلا دون ذلك، وذلك إلى اجتهاد الحاكم، فإذا ثبت عدمه أو أقر بالعجز ووافقته الزوجة على ذلك فيؤجله الحاكم فى الإنفاق عليه الشهر ونحوه.

ويكتب فى ذلك عقد: أجل القاضى فلان بن فلان –وفقه الله تعالى– فلاناً الزوج المذكور فى كذا فى إجراء النفقة والكسوة على زوجه المذكورة إذا عجز عنها حسبما ذكر فى عقد كذا، أجلا من عشرين يوماً أو ثلاثين يوماً أو لها كذا وبمحضر الزوجين المذكورين وموافقتهما على ذلك، وشهد على القاضى بما فيه عنه من أشهده الزوجان بما فيه عنهما فى كذا، وتكون معه فى خلال التأجيل، ولا تتبعه بنفقة زمن الإعسار، وإن علم له مال وظهر لدده كان للسلطان أن يسجنه، فإن رضيت بعد التلوم بالبقاء معه وتركت الطلاق رجاء أن تجد نفقة ثم أرادت أن تطلق نفسها فإنها لابد لها من تلوم آخر، وإن كان من السؤال وعلمت المرأة فقره قبل النكاح فلا قيام لها عليه، ولا تطلق عليه إلا بالإعسار، قاله ابن القاسم، قال الشيخ أبو الحسن: ومعنى قول ابن القاسم أنها لا تطلق عليه إذا سأل ولم يعط شيئاً، وأما إن ترك السؤال والطواف فلها الحجة، وتطلق عليه بعدم النفقة، فإن وجد فى خلال الأجل ما ينفق عليها بطل حكمه، وبقيت زوجته. وإن لم يجد شيئاً ودعت إلى الطلاق.

فيكتب فى ذلك ما نصه: لما انصرم الأجل المقيد فوق هذا، وحضر عند القاضي فلان —وفقه الله- فلان وفلانة، وأقر الزوج فلان باتصال عسره، وأنه لم يجد ما ينفق منه على زوجه فلانة، وسألت عنه الزوجة النظر له أمره بالطلاق فأبى من ذلك وثبتت إبايته عنده فطلقها عليه طلقة واحدة يملك بها رجعتها إن أيسر فى عدتها، وحكم بذلك وأنفذه بعد الإعذار إليهما وثبوت زوجيتهما لديه، وشهد على القاضي بما فيه عنه من ثبوت وحكم من أشهده الزوجان بما فيه عنهما فى كذا، فإن أيسر فى عدتها بنفقة الشهر ونحوه وما يجب عليه من اللباس كان أملك بها فإن لم يجد إلا نفقة الأيام اليسيرة كالعشرة الأيام ونحوها فلا يلتفت إلى ذلك، وقيل: إلا أن يكون ممن يفرض عليه باليوم ونحوه فيكون له الرجعة بوجود ما لو وجده لم تطلق عليه، وكذلك إن كان الإعسار بالنفقة قبل الدخول فإنها تطلق عليه بعد الأجل وتملك أمر نفسها بوقوع الطلاق قبل البناء، قاله ابن فتحون، قال بعض المتأخرين: وقد روى عن مالك أنه إن أيسر فى العدة كانت له الرجعة فى المدخول بها وغير المدخول بها، قال: ولا أدرى ما هذا لأنه لا رجعة فيمن لم يدخل بها.

فصل

فإن كان غائباً معلوم المكان أو أسيراً أو فقيد فإنها تطلق عليه إذا ثبت عدمه، قال بعضهم: أو جهلت حاله، وذكر ابن فتحون أنه إذا لم يكن له مال وفنى بالإنفاق وثبت ذلك فإن لزوجه أن تطلق نفسها، ولم يعتبر حال الزوج فى ملائه وعدمه وبنى على ذلك وثيقته، وقال الشيخ أبو الحسن اللخمى: وقد قال بعض أصحابنا فيمن غاب عن زوجته ولا مال له ينفق منه عليها أنها تطلق عليه، ولا أرى ذلك لأن الغائب قد تكون له حجة، وقال أبو عمران الفاسي: أرى أن يبين له إذا أراد السفر أنها تطلق عليه إن لم يكن له ما ينفق عليها، وكذلك إن كانت غيبته قبل البناء ولم يترك مالاً فإنها تطلق عليه إذا دعت إلى ذلك على الصحيح، وقيل: لا تطلق عليه لأن النفقة لا تجب لها حتى تطلبها وبغيبته عدم ذلك، قال ابن رشد فى «مقدماته»: ولم يختلف أن من غاب عن زوجته غيبة بعيدة قبل البناء أن النفقة تفرض لها إن سألت ذلك، وإنما اختلف فى الغيبة القريبة، فقيل: لا يفرض لها حتى تدعو إلى البناء ويكتب له: إما أن يبنى وإما أن ينفق، وقيل: يفرض لها حتى تدعو إلى البناء وإن كان قريباً، قال: وهو أظهر.

ويكتب فى ذلك إن ذهبت الزوجة إلى أن تطلق نفسها: عقد يعرف شهوده فلاناً وفلانة بالعين والاسم، ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها إلى أن غاب الزوج فلان عن زوجه فلانة المذكورة قبل البناء بها أو بعد البناء بها ببلد كذا أو بحيث لا يعلم منذ كذا، وتركها دون نفقة ولا شيء تمون به نفسها، ولا يعلمون أقام لها بذلك كفيلاً ولا من ينوب عنه، ولا قام عنه أحد

بشيء من ذلك، ولا أن له مالاً تعدى فيه بمؤنتها، ولا أنه رجع من غيبته سراً ولا جهراً، ولا أن عصمة النكاح انفصلت بينهما بوجه حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، فإذا ثبت هذا العقد أجله القاضي.

ويكتب فى ذلك ما نصه: عقدٌ أجل القاضى فلان –وفقه الله تعالى– فلاناً الزوج المذكور فى كذا فى الإيجاب لزوجه المذكورة فيه من الغيبة المسماة فى كذا وإجراء النفقة والكسوة والمؤن عليها أجلاً من ثلاثين يوماً أولها كذا استقصاءً لحجته، وإبلاغاً فى الإعذار إليه وأشهد بذلك بموضع نظره فى كذا، فإذا تم الأجل ولم يأت تكتب رسم اليمين والطلاق، ونصه: لما انصرم الأجل المقيد بكذا ولم يؤب الزوج المذكور فى كذا لزوجته المذكورة فيه من الغيبة المشهود بها فى كذا وسألت الزوجة من القاضي فلان – وفقه الله– النظر لها فى كذا اقتضى نظره إحلافها فحلفت بحيث يجب، وكما يجب يميناً قالت فيها: بالله الذى لا إله إلا هو لقد غاب عنى زوجى فلان المذكور فى كذا الغيبة المشهود بها وما رجع من غيبته سراً ولا جهراً، وتركنى دون نفقة ولا شيء أمون به نفسى وما بعث إلى بشيء فوصلنى ولا أقام لى بذلك كفيلا ولا من ينوب عنه، ولا قام عنه أحد بشيء من ذلك، ولا أذنت له فى سفره، ولا رضيت بالمقام معه دون نفقة، ولا أعلم له مالاً أعدى فيه بذلك، ولا أن عصمة النكاح انفصلت بينى وبينه بوجه حتى الآن، ولما كملت يمينها وثبتت لديه أذن لها فى تطليق نفسها إن شاءت فطلقت نفسها عليه واحدة قبل البناء بها ملكت بها أمر نفسها أو بعد البناء طلقة رجعية يملك بها رجعتها إن قدم موسراً فى عدتها، وأمرها بالاعتداد من الآن، ورجاء الحجة للغائب متى قدم، ومن حضر اليمين المنصوصة

واستوعبها من الحالفة ويعرف الإذن فيها وفى الطلاق من القاضى المذكور وأشهدته الحالفة بما فيه عنها من عرفها وبحال الصحة والجواز قيد على ذلك شهادته فى كذا.

بيان: قال ابن سهل: زاد ابن رشيق فى يمين الزوجة: ولا أن الزوجية انفصلت بينى وبينه ولا أسقطت، ولا رضيت بالمقام معه دون نفقه، والوجهان معرضان للخلاف لأنها يمين تهمة فيهما، وأسقط ابن فتحون الإذن لها فى الطلاق، وجعل عوضه فطلقها وما ذكرنا أصوب، فإن كانت بكراً فلا يقوم عنها أبوها فى ذلك إلا بتوكيل، وتطلق نفسها بعد يمينها كما ذكره فى الثيب، قاله ابن عتاب وابن رشيق، وقال ابن العطار: لا يمين عليها، وضعفه ابن سهل، وقولنا: وأمرها بالاعتداد هو لفظ الحديث وذكر ابن فتحون: وأعلمها بلزوم الاعتداد، وما ذكرنا أحسن، قاله ابن عتاب وابن سهل وغيره، فإن قدم الزوج فجرح شهود الغيبة ولم تجد المرأة غيرهم ردت إليه وفرق بينها وبين الزوج الثانى إن كان تزوجها غيره، قاله فى «مقنع» ابن بطال: وكذلك إن كانت طلقت نفسها بشرطها وقدم ودفع فى شهود الشرط والمغيب ردت إليه، وإن كانت قد تزوجت ودخلت مع الزوج الثاني، قاله فى «الاستغناء»، وإن قدم وادعى أنه خلف عندها نفقة فأفتى ابن رشيق،وهو قول عبد الملك أن الحكم نافذ ولا ترد إليه، ولأبى بكر بن عبد الرحمن أنها ترد إلى الزوج، قال فى «الحريرية» إن الذى أفتى به أكثر الفقهاء فى هذه المسألة أن الحكم لا ينفذ وترد إلى الزوج، وإن كانت قد تزوجت فرق بينهما وردت إلى الزوج الأول، وفى «كتاب ابن يونس»: قال بعض شيوخنا فى الذى ارتد ففرق بينه وبين زوجته ثم ثبت أنه

أكره، فحاله حال امرأة المفقود وهو أحق بزوجته ما لم يدخل بها الزوج الثاني، فإن دخل بقيت له زوجته، وعاب ذلك بعض أصحابنا، وقال: ترد إليه، وإن دخل بها الثاني، وإذا قدم الزوج موسراً وهى فى العدة فهو أحق بها، وكذلك إن طرأ له مال من دين أو ميراث أو غيره وهى فى العدة فلا ينفذ الطلاق، وإن قدم بعد اليمين وقبل الطلاق فلا يضر ذلك وهى زوجته ما لم يقع الطلاق، فإن ادعى حين قدم أنه ترك لها نفقة وقالت هي: لم يترك شيئاً ففى ذلك قولان:

أحدهما: أن القول قوله على كل حال، ويحلف ولا تتبعه بشيء.

والثاني: أنها إن رفعت أمرها إلى السلطان، فالقول قولها من حين ترفع أمرها، وإلا فالقول قوله، وهو الأصح، وبه العمل.

ويكتب فى ذلك: عقد حضرت بمجلس الأحكام الشرعية بموضع كذا أو عند القاضى بموضع كذا فلانة وادعت أن زوجها فلاناً غاب عنها منذ كذا وتركها دون نفقة، ولا شيء تمون به نفسها أو تركها، وبنيها منه فلاناً وفلاناً دون نفقة ولا شيء تمون به نفسها معهم، وأنها قامت معلنة بذلك ليكون القول قولها فى ذلك ومن حضر المجلس وعاينها به وسمع فيه مقالتها المنصوصة، ووعاها وعرفها قيد على ذلك شهادته فى كذا.

فإن لم ترفع أمرها إلى السلطان وشكت ذلك إلى العدول ففى ذلك قولان:

أحدهما: أنها تنتفع بذلك، ويقوم لها مقام رفعها إلى السلطان، والثاني: أنها لا تنتفع بذلك ولا يقوم مقامه، وهو المشهور من المذهب، وكذلك إن كان لها منه أولاد إذا رفعت أمرها وأمرهم إلى السلطان ليكون القول قولها كنفقتها سواء،

ويكون لها اتباع والدهم بنفقتهم، وإن لم يرفع ذلك إلى السلطان فيكون القول قول والدهم أنه كان ينفق عليهم، روى ذلك يحيى عن ابن القاسم، قال ابن رشد فى رسم الأقضية من «شرح المديان»: وإنما يصدق الزوج إذا ادعى بعد مضى المدة أنه كان ينفق على زوجته أو أنه كان يدفع إليها نفقتها أو ما تنفق منه شيئاً بعد شيء أو جملة واحدة، وأما إن ادعى أنه دفع إليها مائة دينار عن نفقتها فيما مضى وأنكرت ذلك فلا يصدق بإجماع، وحكى ابن زرب خلاف ذلك فانظره، وتحاص المرأة الغرماء بما أنفقت على نفسها من حين قيامها فى الدين المستحدث دون القديم، وما أنفقت على ولدها منه، فإنما تطلبه به إن كان موسراً ولا شيء عليه إن كان معسراً، ولا تحاص به الغرماء، وكذلك لا تتبعه بما أنفقته على نفسها فى غيبته إن ثبت عدمه فيها، وإن جهلت حاله ففى ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه محمول على اليسار ولا يصدق أنه كان معدماً فى غيبته، وإن قدم معدماً، وهو قول ابن الماجشون فى «الواضحة»، والثاني: أنه يصدق إن قدم معدماً، ولا يصدق إن قدم موسراً، وهو قول ابن القاسم وظاهر ما فى «المدونة»، والثالث: أنه يصدق على كل حال قدم موسراً أو معسراً، وهو ظاهر قول سحنون وابن كنانة، وأما إن علم ملاؤه فى غيبته فإنها تتبعه بنفقتها وتكون ديناً عليه لها، وتحاص به الغرماء، ويفرضها الحاكم لها عليه، قال ابن هشام: ولا يؤجل، فانظر.

فصل

فإن كان له مال حاضر فرض لها الحاكم نفقتها فيه سواء كان دينا أو وديعة أو غيرهما، وإن كان عرضاً أو أصل ملك باعه وفرض لها في ذلك أي في ثمنه بعد ثبوت ذلك، ورفع أمرها وغيبته ويمينها فتكتب رفع الأمر كما تقدم ثم تكتب رسم المغيب، ونصه: يعرف شهوده فلان الفلاني وفلانة بنت فلان الفلاني بالعين والاسم معرفة تامة، ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها إلى أن غاب الزوج فلان عن زوجته المذكورة بعد البناء بها بحيث لا يعلم، وتركها دون نفقة ولا شيء تمون منه نفسها، ولا يعلمون أنه بعث إليها بشيء فوصلها، ولا أنه أقام لها بذلك كفيلاً ولا من ينوب عنه، ولا قام عنه أحد بشيء من ذلك، ولا أن له مالا تعدى فيه بذلك إلا الكرم المعلوم له بكذا أو الدار المعلومة له بكذا أو الدين المترتب له على فلان وقدره كذا أو العروض المستقرة له بيد فلان على وجه الأمانة وهي كذا لا يعلمون له مالا غير ذلك، ولا أن عصمة النكاح انفصلت بينهما بوجه حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا ثم **تكتب رسم اليمين ونصه:** حلفت بإذن القاضي فلان -وفقه الله- فلانة بحيث يجب وكما يجب يميناً قالت فيها: بالله الذي لا إله إلا هو لقد غاب عني زوجي فلان الغيبة المشهود بها في كذا، ولا رجع في مغيبه سراً ولا جهراً ولا ترك لي نفقة، ولا شيئاً أمون به نفسي ولا بعث إلي بشيء فوصلني، ولا أقام لي به كفيلاً ولا من ينوب عنه، ولا قام عنه أحد بشيء من ذلك، ولا أذنت له في سفره، ولا رضيت بالمقام معه دون نفقة، ولا أعلم مالا أعدى فيه بذلك إلا الكرم المعلوم له بكذا أو الدار المعلومة له بكذا أو الدنانير المودعة له بيد فلان،

لا أعلم له مالا سوى ذلك، ولا أعلم أن عصمة النكاح انفصلت بيني وبينه بوجه حتى الآن، ولقد أجريت النفقة والصرف والمؤن كلها على نفسي من مالي لأرجع بذلك وأحاسبه، وما قبضت من ذلك شيئاً قليلاً ولا كثيراً، ولا وهبت ولا أسقطت، ولا أحلت ولا استحلت، ولا أخذت بذلك كفيلاً ولا رهنا ولا عرضاً، ولا خرجت عن ذلك ولا عن شيء منه بوجه حتى الآن، ومن حضر اليمين المنصوصة عن الإذن المذكور واستوعبها من الحالفة وعرفها قيد على ذلك شهادته في كذا.

بيان: قال الباجي في «سجلاته»: لا يشهد بمعرفة الزوجة دون تفسير الأمر إلا من هو من أهل العلم، وإن لم يكونوا من أهل العلم فلابد أن يقولوا بإشهاد الزوجين والولي، وإذا ثبت ما ذكر من المغيب واليمين كما ذكر فإن القاضي يأمر إذ ذاك ببيع أصل الملك بعد ثبوت عقد الملك فيه والحيازة والسداد، ويقدم من يبيعه حسبما يأتي في البيع على الغائب، ويدفع لها نفقتها منه، وإن كان مالا مودعاً ذكرت إقرار الذي هو بيده أنه عنده وثبوت ذلك عند القاضي، ويأمر بدفع ذلك لها في نفقتها، وكذلك إن كان عرضاً أمره ببيعه بالسداد ويدفع لها نفقتها منه.

ويكتب في ذلك: عقدٌ حضر عند القاضي فلان -وفقه الله تعالى- فلان بن فلان، وذكر أن بيده للغائب فلان كذا وكذا ديناراً على وجه الوديعة، وثبت عنده إقراره بذلك، وسألته الزوجة إعداءها فيه بنفقتها فاقتضى نظره أن أمره أن يجرى لها منه ما يجب لها من نفقة ومؤن، وحكم بذلك بعد ثبوت موجبه،

وشهد على القاضى بما فيه عنه من أشهده فلان المقر المذكور والزوجة بما فيه عنهما، وعرفهما فى كذا، وإن كان له بنون صغار فإنه ينفق عليهم من ذلك بعد ثبوت صغرهم وأنهم بنوه ولا مال لهم، وأنهم فى حضانة أمهم، وتضمن ذلك فى عقد المغيب وفى عقد اليمين أنه لم يترك لها نفقة ولا كسوة ولا لأولادها منه الذين هم فى حضانتها، وتجرى عليهم النفقة من مال والدهم.

فصل

فإن دعت الزوجة إلى الفراق فإما أن يكون معلوم المكان أو أسيراً أو مفقوداً أو بمجهول الحال والمكان.

فإن كان معلوم المكان فذكر ابن فتحون أن السلطان يكتب إليه إما أن يحملها إليه أو يفارقها، وإلا طلقت عليه، قال: فإن أطال الغيبة والنفقة جارية، فقال مالك -رضى الله تعالى عنه- أما الحين فذلك له قال، عيسى عن ابن القاسم: وظننت قوله: «الحين» السنتين والثلاث، فإن أطال الغيبة فليقض عليه.

وإن كان أسيراً فلا تطلق عليه ما دامت نفقته جارية عليها حتى يثبت موته أو تنصره أو ينقضى تعميره إن جهل مكانه فتطلق عليه وهو محمول فى تنصره على الطوع حتى يثبت خلافه ويوقف ماله فى تنصره حتى يموت على الارتداد فيكون لجماعة المسلمين أو يراجع الإسلام فيكون أحق به.

وإن كان مفقوداً مجهول الحال فى غير المعترك فإن امرأته إذا دعت إلى الفراق فلها ذلك بعد أن يثبت فقده، وإن كانت نفقته جارية عليها بعد أن تؤجل أربعة أعوام.

ويكتب فى ذلك: عقدٌ يعرف شهوده فلاناً وفلانة بالعين والاسم، ويعلمون صحة الزوجية بينهما، واتصالها إلى إن غاب الزوج فلان عن زوجته المذكورة منذ كذا بحيث لا يعلم، وعمى أثره وانقطع خبره فلا تعلم حياته من وفاته، ولا يعلمونه رجع من مغيبه، ولا أن عصمة النكاح انفصلت بينهما بوجه حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا. ثم تكتب الأجل بأسفله، ونصه: لما ثبت عند القاضى فلان -وفقه الله- رسم المغيب فوق هذا ثبوتاً تاماً، وسألت منه الزوجة المذكورة فيه النظر لها اقتضى نظره أن أجل الغائب بعد التفحص عن أمره وانقطاع خبره واليأس منه أجلا من أربعة أعوام أولها كذا على ماضى السنة فى تأجيل المفقود، وحكم بذلك وأمضاه بعد تقضى موجبه على الكمال، وبمحضر الزوجة واعترافها بأنها الطالبة لذلك والقائمة به، وشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت ونظر من أشهده به بموضع نظره، وأشهدته الزوجة بما فيه عنها وعرفها فى كذا.

بيان: الأجل يكون من يوم اليأس من المفقود لا من يوم قيامها فإذا انقضى الأجل اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشراً ثم تزوجت إن شاءت وليس عليها استئذان السلطان فى عدتها، ولا فى نكاحها لأن الحكم قد نفذ لها بالتأجيل،وإذا تمت عدتها حلت للأزواج، وإن أحبت المقام عليه قبل أن تشرع فى العدة

وإبطال حكم الأجل فلها ذلك ثم إن أرادت فراقه ضرب لها أجلا آخر، فإن قدم الزوج فى خلال الأجل أو علمت حياته قبل أن تتزوج وإن كان ذلك بعد العدة فهى زوجته، وسقط حكم ما ذكر من الأجل وغيره ولا يضرها ذلك، وإن كانت قد تزوجت وقدم قبل الدخول ففى الأحق بها منهما قولان، وإن كان قد دخل بها الثانى فقد فاتت من الأول وبذلك القضاء، وإن ثبت موت المفقود فى الأجل أو بعده وقبل أن تتزوج فإنها ترثه وتأخذ مهرها كله، وإن ثبت ذلك بعد تزويجها وقبل دخول الثانى بها ففى ذلك قولان:

أحدهما: أنها ترثه وينفسخ النكاح الثاني، ويكون خاطباً، والثانى: أنها لا ترثه ولا ينفسخ نكاح الثانى وبالأول القضاء، فإن كانت بموضع لا سلطان فيه وأشهدت العدول على ضرب الأجل جاز، والأحسن أن لا يكون إلا عند السلطان، وقيل: لا يجوز ذلك، من «الاستغناء»، وحكى ابن مغيث أنها إذا كانت بموضع لا حكم فيه رفعت أمرها إلى صالح جيرانها، وكشفوا عن خبر زوجها وضربوا لها أربعة أعوام ثم تعتد وتحل للأزواج لأن فعل الجماعة فى عدم الإمام كحكم الإمام، وقاله أبو عمران الفاسى وابن القابسى وغير واحد من الشيوخ، وأما ماله فإن السلطان يحضره ويقدم من قرابته أو غيرهم من ينظر فيه إلى أن يثبت موته أو حياته أو ينقضى أمد تعميره.

ويكتب فى ذلك: عقدٌ يعرف شهوده فلاناً، ويعلمون أنه غاب منذ كذا أو عمى أمره، وانقطع خبره فلا تعلم حياته من وفاته بوجه حتى الآن ولا يعلمونه ترك وكيلاً ولا من ينوب عنه فى حاله، ولا قدم لذلك أحداً بعد مغيبه،

ويعلمون أن قريبه فلاناً من أحق الناس وأولاهم بالتقدم، وللنظر فى ماله وقبضه وضبطه، وإجراء النفقة والمؤن منه على من يجب له ذلك فيه بالمعروف لثقته وأمانته وحسن نظره، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، ويعرفون من ذكر. فإذا ثبت ذلك فيكتب عقد التقديم ونصه: لما ثبت لدى القاضى فلان رسم الاسترعاء المقيد بكذا وسأل منه النظر فيما ثبت لديه من ذلك اقتضى نظره إن قدم للنظر فى مال المفقود فلان وقبضه وضبطه وإحصائه والحيطة عليه وإجراء ما يجب فيه من النفقة والمؤن لمن يجب بالمعروف قريبه فلاناً المذكور فيه لما ثبت لديه من أهليته لذلك تقديماً تاماً أنفذه له، وأقامه بذلك مقام الوكيل المفوض إليه، وبمحضره وقبوله ذلك، وشهد على القاضى بما فيه عنه من أشهد به بموضع نظره وأشهده المقدم بالقبول وعرفه فى كذا.

بيان: ويقوم هذا المقدم مقام المفقود فى قبض ماله وإجرائه فيما يجب، ودفع النفقات والديون المترتبة عليه وغير ذلك، وفى «مسائل القاضى أبى عبد الله بن الحاج»: إذا كان عند المفقود قراض أو وديعة فلا يحكم بأخذها من ماله حتى يحكم بتموينه بخلاف الذى فى الذمة لأنه لا يدرى ما كان يقول فيها، ولعله يقول: إنها ضاعت أو خسرت فى القراض أو ما أشبه ذلك، قال: ونزلت فأفتيت بذلك، ولا يقوم أحد عن الغائب دون تقديم ولا ينظر فى ماله، وإن كان من قرابته، وكذلك لا يقوم فى إثبات ملك له أو إحداث عيب عليه أو شيء يستحقه إلا أن يكون من قرابته الذين لا يشهدون له فيمكنون من الإثبات لا غير، ويشهد القاضى بما يثبت عنده ولا يحكم بإخراج المستحق منه من يد المقوم عليه أو غير ذلك، قال ابن رشد فى تعقبه: والصواب أن الأب والابن يمكنان من

الإثبات والخصومة على الغائب ومن عداهما من القرابة لا يمكنون إلا من الإثبات خاصة، ولا يمكنون من الخصومة، قال: وظاهر الروايات أن الأجنبي لا يمكن من شيء من ذلك إلا بتقديم، وإذا مات أحد ممن يرثه المفقود وقف ميراثه منه، فإن انقضى أجل تعميره ولم يثبت له حياة بعد موت المورث رد ما كان وقف إلى ورثه المتوفى وورث المفقود ورثته الأحياء عند انقضاء تعميره والمتوفى ورثته يوم مات، ولا ميراث بين المفقود والمتوفى لأنه لا يدرى من مات منهما قبل صاحبه.

واختلف فى مدة التعمير، فقيل: سبعون سنةً، وهو قول، وقيل: تسعون سنةً، وهو قول ابن الماجشون، ورجع إليه أيضاً مالك، وقيل: ثمانون سنة وهو قول مالك أيضاً، وبه أخذ ابن القاسم ومطرف، وبه العمل. قال ابن محرز وقد اختلف فى التعمير من السبعين إلى المائة وأعد لها عندى الثمانون، وهو اختيار الشيخ أبي محمد بن أبى زيد وأبي الحسن القابسي، وبذلك القضاء.

ويكتب فى ذلك: عقدٌ يعرف شهوده فلاناً بعينه واسمه معرفة تامة ويعلمون أنه غاب من موضع كذا بحيث لا يعلم منذ كذا وعمى أثره وانقطع خبره فلا تعلم حياته من وفاته بوجه حتى الآن، ويعلمون أن سنه كانت وقت مغيبه تبلغ كذا يتحققون ذلك بالوقوف على تاريخ ولادته أو أنه كان عند مغيبة بالحزر الذى لا يشكون فيه ابن كذا، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

فإذا انقضى أمد تعميره وحكم بتمويته **فيكتب فى ذلك ما نصه:** لما ثبت عند القاضى فلان الرسم المقيد بكذا ومغيب الغائب المذكور فيه، وأن سنه كان عند

مغيبه كذا، وبلغ الآن الثمانين عاماً اقتضى نظره أن حكم بموت الغائب المذكور في تاريخ هذا لبلوغه الآن الثمانين آخذاً بمشهور الأقوال في ذلك، وأوجب لورثته ميراثه، وأنفذ ذلك، وأمضاه بعد سؤال ذلك، وتقضى موجبه، وأشهد بذلك بموضع نظره في كذا.

بيان: فإن بقيت زوجته لم تتزوج بعد ضرب الأجل لها واعتدادها منه إلى أن انقضى أمد تعميره، وحكم بموته فلا ميراث لها منه، وكذلك لو أتى هو في تلك المدة لما كان أحق بها لأنها قد بانت منه بعد الأجل وحكم بموته في حقها، وقال ابن حبيب: إنها ترثه وتدخل مع ورثته في ماله، قال ابن رشد: وهو بعيد، وكذلك لو ماتت هي بعد اعتدادها، قبل انقضاء أجل التعمير فليوقف للزوج ميراثه منها، ولا يكون بينهما ميراث إلا أن يثبت حياته بعدها ويظهر خطأ الحكم بموته، وتكون هي لم تتزوج غيره فيأخذ ميراثه منها لأنها قد بانت، ويحكم بموته بعد الأجل في حقها، وقد قيل: إن المفقود إذا تمت له الأربعة الأعوام تعتد زوجته ويرثه ورثته إذ ذاك، ويقتسمون ماله وهو قول في المذهب ذكره الشيخ أبو الحسن اللخمي وغيره، ووجهه ظاهر لأن الأحكام لا تتبعض، ولما حكم بموته في حق الزوجة حكم بموته مطلقاً فورثه ورثته وقسم ماله وترتبت أحكام الموت كلها إلا أن المشهور عن مالك -رضي الله تعالى عنه- أن ذلك يختص بالزوجة، ويبقى ماله إلى انقضاء أمد تعميره إذ لا ضرورة تدعو إلى قسم ماله ووجه الحكم بذلك تغليب الغالب على الأصل لأن الأصل في المفقود الحياة، والغالب من حاله بعد التأجيل والبحث عنه فلم يعرف له خبر أنه مات فرجح الغالب على الأصل، وحكم بموته فكان ينبغي الحكم بذلك مطلقاً في

الزوجة والميراث لكن مالكاً حكم بذلك فى حق الزوجة للضرر اللاحق لها وبقى فى المال على الأصل، وكان الأجل فى ذلك أربعة أعوام أكثر مدة الحمل، وبتمامها ينقطع النسب جعلت هنا أقصى المدة التى ينقطع بتمامها حياة المفقود ويحكم بموته، قال بعضهم: وهو ملحظ حسن.

وأما مفقود المعترك فى القتال فإما أن يكون فى قتال العدو أو فى قتال المسلمين فى الفتن التى تقع بينهم، فإن كان فى قتال العدو ففيه أربعة أقوال فى المذهب:

أحدها: أن حكمه حكم المفقود فى غير القتال فيضرب لزوجته أجل أربعة أعوام ثم تعتد وتتزوج إن شاءت، ويبقى ماله إلى انقضاء أمد تعميره.

والثاني: أن حكمه حكم الأسير فلا يضرب لامرأته أجل ولا يورث ماله إلا أن يثبت موته أو ينقضى أجل تعميره وهو قول ابن القاسم.

والثالث: أنه يضرب للزوجة سنة بعد البحث واليأس منه وتعتد بعد انقضائها، وتتزوج إن شاءت، ويبقى ماله إلى انقضاء أجل التعمير.

والرابع: أنه هو المشهور ويضرب لزوجه أجل سنة بعد البحث واليأس منه، فإذا تمت السنة ولم تثبت له حياة حكم بموته فتعتد زوجته ويرثه ورثته إذ ذاك، ويقسم ماله، وهذا القول هو الذى أخذ به أهل الأندلس، وجرى به العمل بها، وحكم به ابن الأيمن فى غزاة الخندق، وحكم به فى وقعة «قتندة» وغيرها، وهو مقتضى ما رواه أشهب وابن نافع عن مالك فى «العتبية»، ففيها قال أشهب: سئل مالك -رضى الله تعالى عنه- عن المفقود فى أرض الإسلام بين الصفين،

وفى أرض العدو بين الصفين كم تقعد امرأته؟ فقال: سنة، فقيل له: تعتد بعد السنة أربعة أشهر وعشراً؟ فقال: نعم تعتد، قيل له: ومتى يضرب له أجل سنة من يوم فقده أومن يوم يضرب له السلطان؟ قال: من يوم يضرب لها السلطان، وينظر فى أمرها ووجه هذا القول هو ترجيح الغالب على الأصل ألا ترى أنه لا يكون ذلك إلا أن يثبت أنه رؤى فى المعترك بين الصفين، فلما ثبت ذلك ولم تعلم له حياة بطول الأجل بعد البحث عنه كان الغالب من أمره الموت فرجح على الأصل وهو الحياة وحكم بموته، ولم يتبعض الحكم فيه فاعتدت زوجته وورثته ورثته وحكم هذا الأجل السنة حكم الأربعة أعوام، قال ابن رشد: ولا فرق بينهما سوى أن هذا سنة، وذلك أربع سنين ألا ترى أنه لا يكون إلا من يوم يضربه السلطان وينظر فى أمره، والعدة بعد انقضائه، فهما سواء فى جميع الأحكام من إجراء النفقة فيه على الزوجة وغيرها ممن يلزم المفقود نفقته، وإن مات من يرثه فى أثناء الأجل فلا ميراث بينهما وغير ذلك، فإذا تمت السنة حكم بموته فتعتد عند ذلك زوجته ويرثه ورثته إذ ذاك.

ويكتب فى ذلك: عقدٌ يعرف شهوده فلاناً، ويعلمون أنه حضر الوقيعة الكائنة بين المسلمين والنصارى بموضع كذا وعاينوه هناك فى معترك القتال بين الصفين، وفقد هناك، وعمى أمره فلا تعلم حياته من وفاته حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا. **ثم يكتب فى أسفله لثبوت**[1] الزوجية: عقد يعرف شهوده فلاناً المفقود أعلاه وفلانة، ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها إلى أن فقد حسبما ذكر فيه، وحتى الآن لا يعلمون بينهما انفصالاً بوجه، وقيدوا

---

(1) فى الأصل (ثبوت) بدون اللام، الصحيح إثباتها.

على ذلك شهادتهم فى كذا فإذا ثبت ذلك فيكتب الأجل ونصه: لما ثبت عند القاضى بموضع كذا فلان -وفقه الله- رسم العقد أعلاه ورسم الاسترعاء بصحة الزوجية تحته ثبوتاً تاماً على الواجب، وسألت منه الزوجة النظر لها، فاقتضى نظره أن ضرب للمفقود المذكور أجلا سنة واحدة من الآن بعد البحث عنه واليأس منه، فإن تمت السنة ولم تعلم له حياة مضى الحكم بموته إذ ذاك فتعتد زوجته ويرثه ورثته وأنفذ ذلك أخذاً بقول من قال به من أهل العلم وترجيحا له وبعد تقضى موجب ذلك على الكمال وبمحضر الزوجة واعترافها أنها الطالبة لذلك والقائمة به، وشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت وحكم من أشهده به بموضع نظره من كذا، وأشهدته الزوجة بما فيه عنها فى كذا.

بيان: فإذا تم هذا الأجل ولم يثبت للمفقود حياة ولا موت تم الحكم بموته فتعتد زوجته من بعد انقضاءه ويرثه ورثته الأحياء إذ ذاك، وتنقطع النفقة عن الزوجة وغيرها ممن تلزمه نفقته ولا يحتاج فى ذلك إلى تجديد حكم مثل الأجل المتقدم فى المفقود فى غير القتال سواء، وكان الأجل فى هذا سنة لأن السنة تضرب فى الشرع فى كثير من الأحكام كأجل المعترض وعهدة السنة وغير ذلك، وهذا القول هو على الحكم بالغالب وترجيحه على الأصل كما تقدم، وهو على مقتضى رواية أشهب وابن نافع، وكذلك القول الآخر قبله هو مقتضى الرواية المذكورة إلا أنه حكم بذلك فى الزوجة فقط وبقى فى المال على الأصل وهو على غير قياس، وتكلم ابن رشد فى هذه المسألة فرجح فى «الشرح» القول الأول ورجح، فى «المقدمات» هذا القول بأنه يحكم بموته بعد السنة فى

الزوجة والمال، وحمل الرواية عن مالك -رضى الله تعالى عنه- فى كل واحد من الموضعين على ما رجحه به فيه وهى محتملة للوجهين.

وأما المفقود فى قتال المسلمين فى الفتن التى تكون بينهم ففيه ثلاثة أقوال فى المذهب:

أحدها: أن حكمه حكم المفقود فى غير المعترك.

والثاني: أنه يؤجل سنة ثم تعتد امرأته بعدها وتتزوج إن شاءت، ويوقف ماله إلى انقضاء مدة تعميره، وهو قول ابن حبيب.

والثالث: وهو المشهور المعروف من مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- أنه يحكم بموته يوم القتال فتعتد امرأته من ذلك اليوم، ويرثه ورثته الأحياء يومئذ من غير أجل يضرب له. قال مالك -رضى الله تعالى عنه- ويتلوم له أمد يسير بقدر ما ينصرف من هرب أو من انهزم، ويقسم ماله وتتزوج امرأته بعد العدة إن شاءت والتربص فى ذلك بالاجتهاد، وإن ظهر أن يقسم المال بعد انفصال الصفين فعل إذا عرف الحال، ولم يكن للأجل فى ذلك فائدة. قال ابن القاسم: وأرى إذا كانت المعركة على بعد أن يكون التربص سنة والعدة داخلة فيها إذ هى من يوم الوقيعة، وإنما هذه السنة تربص للفحص عن حاله، وليست بأجل مضروب، وفى «العتبية»: سئل سحنون عن معركة تكون بين المسلمين فى أفنيتهم فيقع القتل بينهم فما تقول فيمن فقد فى المعركة ولا يعرف قتله وما يفعل بامرأته وفى ماله؟ فقال: إذا قامت البينة العدلة أنه شهد المعركة فإن امرأته تعتد من ذلك اليوم الذى كان فيه المعترك ويقسم ماله وهو عندى بمنـــزلة

الميت، وإذا كانوا إنما رأوه خارجاً مع العسكر ولم يروه فى المعترك فى القتال إلا أنهم نظروا إليه خارجاً فى جملة الناس فإن سبيله سبيل المفقود، ويضرب لامرأته أجل أربع سنين ثم تعتد أربعة أشهر وعشراً ثم تتزوج ويوقف ماله إلى الأمد الذى لا يعيش إليه، فحال هذا المفقود فى الفتن إذا ثبت أنه كان فى المعترك غير حال المفقود إذ يحكم له بحكم الميت إذ ذاك لما هو الغالب من أمره أنه مات فيها، وذلك كمن ثبت أنه مات فيها بالمعاينة، وكذلك إذا ثبت بالسماع أنه مات فى المعترك فى قتال العدو وغيره فإنه يحكم له بحكم الميت إذ ذاك، فى «مسائل ابن الحاج» : سئل فى رجل شهد بالسماع الفاشى المستفيض أنه استشهد فى وقعة قتندة، وثبت عقد آخر أنهم رأوه فى العسكر هل يحكم له بحكم المفقود أو بموته الآن؟ فقال: يحكم بموت الرجل فى تاريخ ثبوت موته على السماع ويرثه ورثته الأحياء يومئذ، ولا يحكم بموته الآن، ولا يعمر كما يعمر المفقود، وليس لزوجته نفقة فى ماله وهى كالمتوفى عنها زوجها. وفى «الوثائق المجموعة»: إنما يؤجل مفقود المعترك سنة ثم يورث ماله بعد، ويقسم مال الذى ثبت أنه كان بين الصفين وفقد وكذا المفقود فى قتال المسلمين وإن لم تقم له بينة أنه رؤى بين الصفين فحكمه حكم المفقود فى غير المعترك، ولا يورث إلا بعد التعمير وإذا نعى للمرأة زوجها فتزوجت ثم قدم زوجها الأول فإن نكاح الثانى يفسخ وتستبرئ منه وترد إلى زوجها وإن ولدت الأولاد، قال أبو عمران: ولو ثبت موته عندها برجلين عدلين فتزوجت ولم يظهر خلافه لم يفسخ إلا أن يكونا غير عدلين أو لم يعلم ذلك إلا بقولها فإنه يفسخ، وإذا كان المفقود عبداً

ضرب له الأجل على النصف من أجل الحر، فإن كانت أم ولد فلا يضرب لها أجل وهل تعتق عليه إن لم يكن له ما ينفق عليها منه أم لا؟ فى ذلك قولان.

الحضانة وما اتصل بها

وهى حق للحاضن، وقيل: للمحضون، وقال ابن محرز: اختلف فى ذلك والصواب عندى أنها حق مشترك بين الحاضن والمحضون. وقيل: هى حق لله تعالى، ذكره فى «الحريرية»، وهى فى الذكر إلى بلوغ الحلم على الأصح، وقيل: إلى الإثغار، وفى الأنثى إلى دخول الزوج بها. قال ابن رشد: ويستحق النساء الحضانة بوجهين:

أحدهما: أن يكنَّ ذوات رحم من المحضون، والثاني: أن يكن محرمات عليه، فإن كن محرمات عليه ولم يكن ذوات رحم منه كالأم والأخت من الرضاعة فلا حضانة لهن، وكذلك إن كن ذوات رحم ولم يكن محرمات عليه كبنت الخالة ونحوها فلا حضانة لهن، ويستحق الرجال الحضانة بمجرد الولاية كانوا من ذوي رحمه المحرم كالجد والعم أو من ذوي رحمه الذى ليس بمحرم أو لم يكونوا من ذوي رحمه كالمولى المعتق والوصى من قبل الأب أو السلطان، والأم أولى بالحضانة من قرابتها ومن الأب وقرابته، وقرابة الأم أولى من الأب وقرابته، والأب أولى من قرابته إلا أمه وحدها فهل يكون أولى منها أم لا؟ فى ذلك قولان:

أحدهما: أنها أولى منه وهو المشهور، والثاني: أنه أولى منها فالأم مقدمة ثم أمها ثم جدة الأم أم أمها ثم الخالة، وفى إلحاق خالة الخالة بالخالة قولان، ثم الجدة أم الأب على المشهور ثم الأب ثم جدة الأب لأبيه ثم العمة ثم بنت الأخ، ثم الأخت فإن لم يوجد فى النساء حاضنة انتقلت إلى الذكور العصبة على ترتيبهم فى ولاية النكاح، والوصى أولى من العصبة، فإن اجتمع المتساوون قدم الشقيق على غيره، فإن استووا فى ذلك قدم الأصون والأرفق، فإن استووا قدم الأمين، وشرطها العقل والكفاءة وحرز المكان للبنت يخاف عليها، وإن كان الحاضن أباً أو أما وخيف عليها انتقلت الحضانة إلى الأبعد، وأن تكون المرأة غير ذات زوج إلا أن تكون الجدة متزوجة بجد الطفل ففى ذلك قولان: أصحهما بأن لا تسقط حضانتها، وإن كانت الأم وصيا وتزوجت ففي سقوط حضانتها قولان، وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا تزوجت الأم وهى وصى على ابنتها وأراد الأولياء أخذه حكم فيها ابن حمدين بأنها أحق به، وكان تقديمها من قبله وبذلك أفتى ابن حزم وغيره ولم يحقق فيها جواباً فى المجلس ثم ظهر له أنها لا حضانة لها لعموم قوله: أنت أحق به ما لم تنكحي، وقال: إذا كانت الجدة ساكنة مع الأم فى دار واحدة فتزوجت الأم وأبى الأب أن يترك ابنه فى حضانة الجدة من أجل سكناها مع بنتها المتزوجة فإنها لا تسقط حضانتها بسبب سكناها مع بنتها، قال: وهو قول سحنون، وأفتى غيره بأن حضانتها ساقطة، وفى رواية قرعوس عن مالك -رضى الله تعالى عنه- ما يدل على ذلك، وهو الذى أفتى به ابن المواز أنه لا حضانة للجدة إذا سكنت مع بنتها، قال: وهى الرواية المشهورة عن مالك وبها العمل، واختاره المتأخرون من البغداديين وغيرهم، وتسقط حضانة

الحاضنة بتزويجها ودخول الزوج بها، فإن لم يدخل بها الزوج لم تسقط، فإذا دخلت سقطت حضانتها.

ويكتب فى ذلك إذا دفعته لوالد: عقدٌ دفعت فلانة إلى مطلقها فلان ابنها منه فلانا الصغير ليكون فى حضانته وكفالته بعد وجوب ذلك له بتزويجها ودخول الزوج بها باعترافها بذلك فقبضه منها، وصار عنده على الوجه المذكور، وأشهد بذلك فى كذا.

بيان: ولا تعود الحضانة إليها إن طلقت بعد ذلك على المشهور وهى رواية ابن القاسم عن مالك فى «المدونة» و «العتبية»، وقيل عنه فى غيرهما: أنها تعود إن طلقها الزوج أو مات، قال ابن رشد: وهو قول المغيرة وابن دينار وابن أبى حازم ووجه هذا القول أنه رأى أن التزوج من الضرورة فجعله عذراً كالمرض وانقطاع اللبن فإنها ترجع إذا زال عذرها بلا خلاف، قال: وقد قيل: إن حقها فى الحضانة لا يسقط بالتزويج إلا فى جهة من حضن الولد فى حال كونها مع الزوج، فإن خلت من الزوج ثم مات بعد ذلك الحاضن كان لها أخذ ولدها وكانت أحق بالحضانة من غيرها، وهذا الاختلاف كله على القول بأن الحضانة حق للحاضن، وأما على القول بأنها حق للمحضون فلها أن تأخذ ولدها إذا خلت عن الزوج قولا واحد، وكذلك إن أسقطت الحاضنة فيه فإنها لا تعود لها بعد ذلك وإن كانت أسقطتها العذر من مرض أو سفر أو غير ذلك فإنها تعود إليها بعد ذلك إذا ارتفع العذر، وسأل ابن رشد فى حاضنة سافرت إلى موضع فلم يكن لها حمل المحضون فتركته لأبيه من أجل سفرها ثم رجعت عن قرب أو

بعد هل ترجع على حضانتها أم لا؟ وكيف إن كان خروجها إلى الضائفة ثم ترجع هل لها ذلك؟ فأجاب: لا يسقط ذلك حقها فى الحضانة، ولها أن تأخذ ابنها إذا رجعت من سفرها كما لو تركت حضانتها لأبيه لانقطاع لبنها أو لمرضها، فإن لم تصرح بإسقاط الحضانة وتركت المحضون عند والده العام وأزيد فذكر ابن رشد أنه يحكم عليها بسقوطها، قال، وقال ابن نافع: لها أن تأخذه، ومثله لابن القاسم فى «المدونة» أن لها أن تأخذه إلا أن يكون عرض عليها فأبت أن تأخذه، قال: وهذا على الاختلاف فى السكوت هل هو كالإقرار والإذن أم لا؟ وهو أصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم، وسأل أيضاً ابن رشد -رحمه الله تعالى- فى رجل طلق زوجته وله منها بنت فتزوجت الزوجة وترك الأب الابنة مع أمها بعد أن تزوجت مدة من ثلاثة أعوام ثم أراد أخذها، فقال: إذا ترك الأب الأبنة مع أمها المدة المذكورة فهو رضا منه بتركها ومسقط لما وجب له من حضانتها، والواجب أن ترد إلى أمها ويجرى الأب عليها النفقة، وهى رواية وجدتها فى «كتاب أبي إسحق التونسي»» وفى «سماع أشهب»: سئل مالك - رضى الله تعالى عنه- عمن أوصى بابنته إلى ولى فتركها مع عمتها حتى بلغت الجارية أو كادت أن تبلغ ثم تزوجت العمة فطلبتها الجدة أو أمها وأرادت أخذها وأرادت الجارية أن تكون مع عمتها ورضى بذلك الولي؟ قال: أرى أن تترك مع عمتها إذا أحبت الجارية ورضى بذلك الولى ولا تأخذها الجدة، وفى «كتاب الاستغناء»: حكى بعض الشيوخ أن اليتيم إذا كانت له جدتان للأب وجدة للأم ولم يكن معه إلا دار قيمتها عشرون دينار أو نحوها فأرادت الجدة للأم بيعها عليه لتنفق ثمنها عليه فقالت جدة الأب أنا أنفق عليه من مالي،

ويكون معى وتكون له داره رفقاً به، وليس له مال ينفق عليه منه عند جدة الأم أن جدة الأم أولى بالحضانة، وقال المشاور: ينظر إلى الأرفق بالصبى فإنهما أولياء جميعاً، وقال فى حضانة أولاد السؤال والفقراء ومن لا قرابة لهم ينظر فى ذلك السلطان للأصاغر بالأحوط وما يراه صلاحاً لهم من أحد الأبوين، وليس للحاضنة أن تنقل محضونها من موضع سكنى الأب إلا فيما يقرب نحو المسافة التى تقصر فيها الصلاة، قال ابن مغيث: إذا انتقل الأب أو غيره من أولياء الطفل الوصى وغيره من السكنى فى البلد الذى فيه حاضنة الطفل لزم الحاضنة السفر معه للسكنى بالمحضون مع الولى هناك إذا كان بينهما مقدار ستة برد وما يقرب منها رضيعاً كان الطفل أو غيره، وقال أصبغ: بريدين فإن لم تسافر معه سقطت حضانتها وإن كان السفر أقل من ذلك لم تسقط فى قول مالك، ولم يلزم الحاضنة الانتقال معه، وبذلك مضت الفتوى من الشيوخ، وقال بعض الشيوخ: إذا كان الانتقال إلى موضع مخوف من عدو أو ثغر مخوف أو كان فى الطريق خوف فإن كان ذلك فليس له أخذه، قاله فى «الاستغناء» وكذلك ركوب البحر بالمحضون هل للولى ذلك أم لا؟ فى ذلك اختلاف، والأصح أنه له ذلك قال ابن أبى زمنين: ولا يحكم بأخذه المحضون للسفر به حتى يثبت استيطانه عند حاكم البلد الذى رحل إليه، حكاه عن بعض شيوخه.

ويكتب فى ذلك: عقدٌ يعرف شهوده فلانا، ويعلمون أنه قد استوطن مدينة كذا ستة أشهر تقدمت بنفسه وماله وحالته متصلة على ذلك فى علمهم حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

بيان: وأنكر هذا غير واحد من الشيوخ، وقالوا : ليس عليه أن يثبت الاستيطان، قال ابن مغيث: وإذا أراد الرجل من البلد الذى فيه الحاضنة إلى بلد آخر ليسكن فيه حكم له بأخذ بنيه من الحاضنة، ويرحل بهم إذا عرفت حقيقة ذلك، وكان بين البلد الذى يخرج منه، والذى يرحل إليه مسيرة ستة برد أو ما يقرب منها، قاله مالك فى «كتاب محمد» وبه مضت الفتوى عند الشيوخ، قال فى «المجموعة»: وعليه اليمين أنه يريد الاستيطان، وليس عليه أن يثبت استيطانه، وعلى ذلك يدل قول ابن القاسم واستحسنه ابن الهندى وغيره من الشيوخ، فإن كان سفره سفر نزهة أو تجارة فليس له أخذهم ولا يحكم له بذلك، وتسقط الحضانة بأن يثبت أن الحضانة غير مأمونة على الحاضنة ولا مشتغلة بها.

ويكتب فى ذلك: عقدٌ يعرف شهوده فلانة وابنها الصغير فلان بن فلان الكائن فى حضانتها معرفة تامة، ويعلمون أنها غير مستحقة لحضانته ولا مأمونة عليه ولا مشتغلة بذلك، وأن الابن المذكور معها ضائع فى غير حرز ولا كفالة وحالته متصلة على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

بيان: إذا ثبت هذا الرسم فإن الحضانة تسقط وتنتقل إلى من هو أحق بها ممن هو مأمون، قال ابن أبى زمنين: وكل من له الحضانة من أب أو ذات رحم أو عاصب وليس له كفالة ولا موضعه بحرز ولا يؤمن فى نفسه فلا حضانة له، وتنتقل لمن فيه تلك الأوصاف قرب أو بعد، فربّ والدٍ يضيع أولاده ويدخل عليهم رجالاً يشربون فينتزعون منه، فإن أسقطت الحاضنة حضانتها وأسلمت المحضون إلى والده.

فيكتب فى ذلك: عقدٌ أشهدت فلانة على نفسها .أنها أسقطت الحضانة الواجبة لها فى ابنها أو حفيدها فى ابنها أو ابنتها إسقاطاً تاماً أبدياً وأسلمته إلى والده فقبضه، وصار عنده وفى كفالته، ولم يبق لها فى حضانته حق وشهد على فلانة وصهرها المذكورين بما فيه عنهما فى كذا.

بيان: إذا ادعى الأب على الحاضنة أنها اسقطت الحضانة وأنكرت هى ذلك فعليها اليمين، قاله ابن الهندي، ويلزمها هذا الإسقاط ولا يعود الابن إلى حضانتها إلا باختيار والده، وإن التزمت نفقته وكسوته على أن يعود إلى حضانتها بعد سقوطها لزمها ذلك كان سقوط حضانتها بإسقاطها أو لسفر أو غير ذلك، فإن ماتت الأم لم يتبع بذلك ورثتها فى تركتها، وقيل: ذلك دين يؤخذ من تركتها، والأول أصح كما لو مات الأب وقد صالحها عن نفقة الحمل أو الرضاع لم يتبع بشيء من ذلك. وإذا صالح الأب الحاضنة على مال دفعه إليها على أن تسقط حضانتها فالصلح جائز، ولا قيام لأحدهما على صاحبه، فإن قام عليها فى المال رجعت فى حضانتها وقد نزلت ببلاد بعض الأندلس واختلف فيها بعض الشورى، وأفتى ابن رشد أن ذلك جائز، ويلزمها ذلك على القول بأن ذلك حق لها ولا يكون لها أن ترجع فيه، ولا يلزمها على القول بأن ترجع فيه، ولا يلزمها على القول بأن ذلك حق للولد، ويكون لها أن ترجع فيه، وسواء كان ذلك على عوض أو على غير عوض ويرجع العوض لصاحبه إن كان عرضاً، قال: ولا وجه لمن منع ذلك الصلح وزاد أنه يجوز أن تترك الحضانة على ثمرة لم يبد صلاحها وما أشبه ذلك من الغرر إذ ليس ذلك بمبايعة، وإنما هو صلح وإذا قال الأب: ليس لى ما أنفق ويكون أولادى يأكلون

معى فله ذلك ويبيتون عند الحاضنة بالليل، وكذلك إن كان صانعاً وأراد أن يعلمهم بالنهار فله ذلك، ولا نفقة للحاضنة ولا أجرة على حضانتها، وقيل: لها ذلك، ولها السكنى مع المحضون دون كراء، وقيل: تغرم حظها فى الكراء.

فصل

ويلزم الأم إرضاع ولدها إلا أن تكون مريضة أو غير ذات لبن أو شريفة لا يرضع مثلها فيكون على الأب أن يأتى لها بمن يرضعه،فإن طلقها الأب فإنه يؤدى لها أجرة الرضاع على قدر حاله فى العسر واليسر، فإن لم ترض بما فرض لها كان للأب أخذه ويدفعه لمن يرضعه، فإن لم يقبل غيرها أو كان الأب معسراً لا يقدر على أجرة كان عليها إرضاعه باطلاً أو بما يقدر عليه، وإن كان موسراً ووجد من يرضعه بأقل من الأجرة المفروضة عليه فهل لها أخذه أم لا؟ فى ذلك قولان، وإن مات الأب فإنها ترضعه بأجرة تأخذها من مال الطفل، فإن لم يكن له مال لزمها إرضاعه باطلاً، وإذا أبت الأم إرضاعه فأرادت دفعه إلى أبيه فإنه لا يؤمر بأخذه حتى يجد من يرضعه.

فصل الرضاع

والرضاع كالنسب يحرم منه ما يحرم من الولادة، فإذا أرضعت امرأة صبياً حرمت عليه لأنها أمه وحرم عليه جميع بناتها التى أرضعتهن قبله أو بعده لأنهن أخواته، وكذلك سائر قراباتها هم منه بمنزلة قرابات أمه من النسب، وصاحب اللبن بمنزلة أبيه تحرم عليه أخواته لأنهن عماته وأمه وبناته، وإن كن من غير تلك المرأة المرضعة لأنهن أخواته لأبيه، وكذلك سائر قراباته هم منه بمنزلة قرابات أبيه من النسب فقس على ذلك، ويجوز أن يتزوج أخو الطفل المرضع من النسب أخت المرضع وأمه من الرضاع لأنه أجنبي، وإنما يقدر الطفل المرضع خاصةً ولداً لصاحبة اللبن وصاحبه، ومن أرضعت طفلاً كان زوجها حرمت على صاحب اللبن لأنها زوجة ابنه، ومن أبان صغيرة حرم عليه من يرضعها لأنها أم زوجته.

والرضاع الذى يحرم هو ما كان فى الحولين وما قاربهما كالشهر والشهرين، فإن فطم فى نفس الحولين أو بعدهما واستغنى بالطعام ثم وقع الرضاع بعد ذلك فلا يحرم، ويعتبر فيه ما وصل إلى الجوف برضاع أو سعوط أو كحل أو وجور أو غير ذلك، وفى الحقنة قولان، وسواء كان اللبن من حية أو ميتة صغيرة أو كبيرة يائسة أو غيرها إلا أن يكون لا يوطأ مثلها لصغرها فإنه لا يعتبر، وكذلك لبن الذكور والبهائم لا يعتبر أيضاً، وكذلك إن كان مختلطاً بماء أو طعام أو دواء حتى استهلك عينه فلا يعتبر عند ابن القاسم، فإن كان لم يستهلك عينه فإنه يحرم، وإذا أرضعت المرأة صبيا ثم تزوجها زوج ثان واللبن مستصحب فاللبن

لهما معاً، وإذا وطئت بشبهة فأتت بولد محتمل فاللبن لمن ينسب إليه الولد، وقال محمد: لهما معاً، فإن كان من وطء يحد فيه فهل يعتبر أم لا؟ فى ذلك قولان.

ويثبت الرضاع بشاهدين وبامرأتين بشرط أن يكون ذلك فاشياً من قولهما قبل العقد على المشهور، فإن لم يكن فاشياً فقولان، والرجل والمرأة مثلهما، وفى المرأة الواحدة إذا كان ذلك فاشياً من قولها قبل العقد قولان:

أحدهما: أنه لا يفسخ بذلك رواه ابن حبيب عن ابن القاسم.

والثاني: أنه يفسخ بذلك، وهو فى «المدونة»، قاله ابن فتحون وهو أظهر، وإن لم يثبت يستحب للزوج التتره عنه، وإن كان بقول أجنبية فإن أقر الزوج بذلك انفسخ النكاح كان إقراره قبل الدخول أو بعده.

ويكتب فى ذلك: عقدٌ أشهد فلان على نفسه أن زوجته فلانة كانت قد تزوجها و لم يعلم أن بينهما حرمة رضاع وأنه أعلم الآن أن فلانة أرضعتهما معا وأنها أخته من الرضاع، وصح ذلك عنده ففارقها وانفسخ النكاح بينهما إذ هى محرمة عليه بالرضاع، وأشهد بذلك فى الصحة والجواز فى كذا بمحضرها وموافقتها على ذلك.

بيان: إن وقع هذا الفسخ بعد الدخول فعليه صداقها كاملاً، وإن كان قبله فعليه نصفه ولا يسقط عنه إلا أن توافقه الزوجة لأنه يتهم على ذلك، وإن أقرت بذلك الزوجة دونه فإن كان قبل الدخول فإنه يفسخ، وإن كان بعده فلا يفسخ، ولا يقبل قولها فى ذلك.

ويكتب فى إثبات ذلك: عقدٌ يعرف شهوده فلاناً وفلانة الزوجين المذكورين فى كذا بالعين والاسم المعرفة التامة، ويعلمون أنهما إخوان من الرضاعة أرضعتهما فلانة فى حولى رضاعهما يتحققون ذلك ولا يشكون فيه، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، فإن شهد فيه امرأتان وكان ذلك فاشياً،

فيكتب فى ذلك: عقدٌ يعرف شهوده الزوجين فلاناً وفلانة المذكورين فى كذا ولم يزالوا يسمعون سماعاً فاشياً من أهلهما وجيرانهما أنهما إخوان من الرضاعة أو لم يزالوا يسمعون الشهيدتين فى الرسم فوقه فلانة وفلانة تقولان قبل عقد النكاح بين الزوجين المذكورين أن فلانة أرضعت الزوجين المذكورين فى حولى رضاعهما، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

فإذا ثبت ذلك وأعذر إلى الزوجين فلم يكن لهما فى ذلك مدفع فسخ النكاح.

ويكتب فى ذلك: عقدٌ ثبت عند القاضى فلان -وفقه الله- الرسمان المقيدان بكذا، وزوجية الزوجين المذكورين كل ذلك على أعيانهما وأعذر إليهما فى ذلك فلم يكن عند أحد منهما مقال فى ذلك، فاقتضى نظره أن فسخ النكاح المنعقد بينهما لثبوت ما ذكر فيه وقضى بحله، وحكم بذلك وأنفذه بعد الإعذار كما ذكر، وشهد على القاضى -وفقه الله- بما فيه عنه من ثبوت وحكم من أشهده به فى موضع نظره، وأشهد الزوجان بما فيه عنهما فى كذا.

العيوب فى أحد الزوجين قديمها وحديثها

وهى فى الرجال أربعة: الجنون والجذام والبرص وداء الفرج، فأما الجنون فسواء كان جنون إطباق أو إفاقة أو وسواس أو خنق الحكم فيه واحد، ويجب فيه الرد فإن كان من نفسه ولا يخاف عليها منه ففيه قولان، والجذام والبرص كذلك يجب الرد من قليله وكثيره. وأما داء الفرج فى الرجل بأن يكون مجبوباً أو خصياً أو عِنيناً فالمجبوب المقطوع ذكره وأنثياه، والخصى المقطوع أحدهما، والعنين الذى له ذكر صغير لا يمكنه الجماع به لصغره، قال ابن حبيب: أو أن يكون حصورا كالذى خلق بذكر صغير كالزر وهو نحو العنين، ويلحق بذلك المعترض وهو الذى لا يقدر على الوطء لعلة تعترضه وهو بصفة من يمكنه الوطء، وربما اعترض عن امرأة دون أخرى فإذا اطلعت امرأة على أن بزوجها أحد هذه العيوب الأربعة قبل البناء أو بعده وأحبت فراقه رفعت أمرها إلى السلطان فيطلقها عليه، وقيل: توقع عليه الطلاق دون أمر السلطان، والأول أصح، قاله ابن فتحون.

ويكتب فى ذلك عقد ونصه: حضرت عند القاضى فلان فلانة، وذكرت أن زوجها فلاناً اطلعت بعد نكاحها معه على أنه مجبوب أو خصي، وحضر معها وأقر بذلك، وثبت إقراره عند القاضى أو أنكر ذلك، وكلفها إثباته فثبت ذلك عنده على نحو ما ذكروه، ودعت إلى الفراق فطلقها عليه طلقة واحدة بانت بها عنه بعد أن ثبتت لديه زوجيتهما على أعيانهما، وأعذر فى ذلك إلى من يجب بما وجب أن يعذر به فلم يكن عند من أعذر إليه مقالٌ ولا مدفع، وحكم بذلك وأنفذه، وشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت وحكم من أشهد به، وأشهده

الزوجان بما فيه عنهما فى كذا. فإن كان العيب مما يرجى زواله وذلك كالجنون والجذام والبرص والاعتراض فلا تطلق عليه إلا بعد أن يؤجله فى معالجة ذلك عاماً، فإن انقضى العام ولم يبرأ فحينئذ تطلق عليه، وإن كان عبدا فيؤجل عاماً أيضاً، وقيل: ستة أشهر فيثبت عند القاضى عقد نكاحهما ومقالة الزوجة وجواب الزوج، فإذا ثبت العيب عند القاضى بإقرار الزوج أو بغير ذلك فيكتب بأسفل العقد رسم الأجل، ونصه: أجل القاضى فلان فلاناً الزوج المذكور فى كذا فى معالجة دائه المسمى بكذا والتداوي له أجلاً من عام كامل أوله كذا بعد ثبوت ذلك لديه وثبوت زوجيتهما على أعيانهما، وشهد على القاضى بما فيه عنه فى كذا، فإذا انصرم الأجل وبرئ بقى مع امرأته وإن لم يبرأ أمره بالطلاق فإن أبى طلقها عليه.

ويكتب فى ذلك بأسفل رسم، الأجل ما نصه: لما انصرم الأجل المقيد فى كذا فحضر عند القاضى فلان الزوجان فلان وفلانة المذكوران فى كذا فأمر الزوج المذكور ببقاء دائه المسمى بكذا ويأسه من معالجته، وثبت إقراره لديه بذلك، وسألت منه الزوجة النظر لها فأمره بطلاقها فأبى ذلك وامتنع فطلقها عليه طلقة واحدة قبل البناء أو بعده بانت بها منه وحكم بذلك، وأنفذه بعد الإعذار كما يجب، وشهد على القاضى بما فيه عنه من أشهده به وأشهده الزوجان بما فيه عنهما وعرفهما فى كذا.

بيان: وما حدث من هذه العيوب بعد انعقاد النكاح فحكمه حكم ما كان به قبل النكاح تطلق عليه الزوجة إذا دعت إلى ذلك إلا الاعتراض وحده فلا تطلق عليه إذا كان قد وطئها ولو مرة واحدة، وترد بالقليل والكثير من ذلك

والحادث والقديم إلا البرص الحادث بعد العقد فلا تطلق عليه على المشهور إلا أن يكون كثيراً تشق رؤيته ولا يمنع المعترض من البناء، فإن ادعى أنه أصابها فى خلال الأجل فالقول قوله مع يمينه، ويمنع من ذلك المجنون والمجذوم والمبروص ويجلس المجنون فى الحديد إن خيف عليها منه، ولا نفقة لها فى خلال الأجل إن طلبتها قبل البناء، قاله ابن رشد، وإذا أنكر الرجل أن يكون به عيب وادعته المرأة فيثبت الجنون والجذام والبرص فيه بالمشاهدة إن كان فى غير عورة، فإن كان فى العورة ففى ذلك قولان:

أحدهما: أنه يصدق فى ذلك ولا ينظر إليه.

والثاني: أنه ينظر إليه الرجال كما ينظر النساء إلى المرأة من ضرورة، وأخذ به بعض الشيوخ، والمجبوب والخصى يعتبر بالجس على الثوب أو ينظر إليه الرجال على أحد القولين. وأما المعترض فهو مصدق عند مالك -رضى الله تعالى عنه- والقول قوله فى ذلك دون يمين. وقال ابن عبد الحكم وأصبغ: لابد أن يحلف، قال القاضى أبو محمد: وهذا فى الثيب، وأما فى البكر فينظر إليها النساء على أحد القولين، وللمرأة رد الرجل أيضاً إذا انتسب وألفته لقيةً أو عبداً، وكذلك إن انتسب لقريش أو فخذ من العرب وشرط لها ذلك فوجدته على خلاف ما ذكر فلها الرد إن كان أدنى مما اشترطت، فإن كان أفضل مما شرط فلا خيار لها، وإن كان أدنى مما اشترطت وكان مثلها فى النسب ففى ذلك قولان، وكذلك للرجل ردها بما ذكر وهما سواء فى ذلك.

فصل

وإذا اشترط الرجل السلامة فى المرأة فله ردها بكل عيب يجده بها باتفاق، وإن لم يشترط ذلك فله ردها عند مالك -رضى الله تعالى عنه- من الجنون والجذام والبرص وداء الفرج وعند غيره مع ذلك من السواد، قاله ابن حبيب: إذا كان أهلها بيضا ومن القرع لأنه يستتر ومن نتن الفم والأنف، والظاهر من قول مالك -رضى الله تعالى عنه- أنها لا ترد من ذلك ولا ترد من عمى ولا عرج ولا شلل ولا غير ذلك من العيوب باتفاق إلا أن يشترط السلامة كما تقدم.

وداء الفرج بالمرأة كل داء يكون فى الفرج مما يمنع الوطء كالقرن والرتق أو لا يمنعه كالعفن والنتن والاستحاضة والإفضاء وهو اتحاد المسلكين، والعفن شيء يخرج فيه كالأدرة، والقرن عظم ناتئ فيه يمنع الوطء، فإن كان شيء من هذه العيوب خفيفاً فقال مالك: ترد به، وقال ابن حبيب: لا ترد به إلا أن يمنع اللذة، وفى «المدونة»: وما علم أهل المعرفة أنه من عيوب الفرج ردت به حتى وإن جامع معه ولا ترد المرأة إلا بما كان بها من هذه العيوب قبل العقد، وما حدث بها بعد العقد فلا ترد به بخلاف الرجل، وهى مصيبة نزلت به.

وفى «مسائل ابن الحاج»: سئل -رحمة الله تعالى- فى صبية تزوجها رجل فغصبت نفسها قبل أن يبنى بها واقتضت فقال: هى مصيبة نزلت بالزوج فإن شاء بقى معها، وإن شاء طلق وأدى نصف الصداق فإن ظهر بها جذام أو غيره فادعى الزوج أن ذلك كان بها قديماً، وقال الأب: بل حدث بعد العقد، فإن

كان قبل البناء فالقول قول الزوج وعلى الأب البينة، وإن كان بعد البناء فالقول قول الأب وعلى الزوج البينة قياساً على البيوع، ذكر ذلك ابن رشد، قال بعض المتأخرين: وقد وهم فى ذلك ابن فتحون فذكر خلافه فإذا اطلع الرجل على أن بالمرأة أحد العيوب المذكورة وكان بها قبل عقد النكاح وأحب الفراق رفع أمره إلى السلطان فيحكم له بالرد فى الحال إن كان لا يرجى برؤه، وإن كان يرجى برؤه فيؤجلها فى الجنون والجذام والبرص سنة، وفى الرتق وغيره من عيوب الفرج على قدر الاجتهاد، قال ابن فتحون: وأجل فى ذلك شهرين.

ويكتب فى ذلك: عقدٌ حضر عند القاضى فلان -وفقه الله- فلان الزوج المذكور فى كذا، وذكر أنه اطلع بعد عقد النكاح بينه وبين زوجته المذكورة فيه أن بها عيباً كانتا بها من قبل العقد جنوناً أو جذاماً، وحضرت معه وصدقته فى ذلك، وثبت إقرارها بذلك وزوجيتهما على أعيانهما فأجلها فى معالجة نفسها من الجنون والبرص عاماً أوله كذا أو من الرتق أجلا من شهرين، وشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت وتأجيل من أشهده الزوجان بما فيه عنهما فى كذا، فإذا انصرم الأجل ولم تبرأ وأحب الزوج الرد، فيكتب فى ذلك ما نصه: لما انصرم الأجل المقيد بكذا وحضر عند القاضى فلان -وفقه الله تعالى- الزوجان المذكوران فيه، وأقرت الزوجة ببقاء عيبها واليأس من معالجته وثبت إقرارها بذلك عنده، وسأل منه الزوج النظر اقتضى نظره أن أباح له مفارقتها إن شاء ففارقها بطلقة قبل البناء بها، وسقط عنه بذلك جميع مهرها، وحكم بذلك وأنفذه بعد الإعذار كما يجب، وشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت وحكم من أشهده الزوجان بما فيه عنهما فى كذا.

بيان: فإن أنكرت المرأة العيب فإن كان ظاهراً بها مثل الجذام والبرص بوجهها وكفيها نظر إليها الرجال، قال ابن الحاج: ويسئل الأطباء فى الجذام أنه قبل عقد النكاح كما يشهدون أنه قبل عقد البيع ولا يمين على الزوج كما قيل فى الشهادة فى الحيطان بدليل العيان لأن شهادة الأطباء قطع بقدمه، وإن كان فى سائر بدنها أثبته بالنساء، فإن كان بالفرج فلا ينظر النساء وهى مصدقة عند ابن القاسم، وقال سحنون: ينظر إليها النساء، قال ابن مغيث: وهو ظاهر ما فى النكاح الأول من «المدونة»، ومقتضى إطلاق ما رواه ابن وهب، وقال بعض الشيوخ: معنى ذلك أن تجلس المرأة وخلفها امرأتان، وتجعل المرآة أمام فرجها وتكون معاينة المرأتين فى المرأة فلا يخفى من داء الفرج شيء، قال: وهو وجه حسن، قال ابن فتحون: نظر الرجال إلى عورة الرجل جائز للضرورة كما ينظر النساء إلى المرأة، وحكى الباجى نحوه، وترد المرأة أيضاً إذا وجدها عذيوطة وهى التى يكون منها الحدث عند الجماع لأن ذلك عيب فى الوطء وإن لم يكن من عيب الفرج، ولها أن ترد الرجل بمثل ذلك وقد نزل ذلك فى زمان أحمد بن نصر وهو ممن سمع من محمد بن سحنون، واختلف فى ذلك الزوجان، ونفى كل واحد منهما ذلك عن نفسه، فقال: يطعم أحدهما تينا والآخر فقوساً فيعلم ممن هو منهما. فإن تزوجها على أنها بكر فألفاها غير عذراء فلا يردها، روى ذلك ابن حبيب عن مالك -رضى الله تعالى عنه- إلا أن يشترط عذراء لأن اسم البكارة واقع عليها، وإن زنت، وأخذ به جماعة من الشيوخ، قال الشيخ أبو الوليد: ويردها إن كانت ثيباً من زوج وطئها وكتم ذلك لأن اسم البكارة قد ارتفع عنها، وحكى ابن القطان أنه يردها وإن لم يشترط عذرة.

وفى «مسائل القاضى أبى الوليد بن رشد»: سئل فيمن تزوج فى وقتنا هذا وشرط أنها بكر ولم يشترط عذراء والبكر عند عامتنا إنما هو بقاء العذرة، وعليه يدخل من شرط فى امرأته أنها بكر فيجدها موطوءة هل له فى ذلك مقالة؟ فقال: اختلف أهل العلم فى هذه المسئلة فلم يعذره أشهب بالجهل فى ذلك إذا قصر فى أمره وترك أن يتثبت فى ذلك ويسئل، فرأى الشرط لا ينفعه إلا أن يشترط عذرا أو يكون فى الشرط بيان مثل أن يقول: فإن لم أجدها بكراً رددتها، وهو مذهب سحنون، فقد قال فى رجل جاهل من الأعراب وقف فى السوق فساوم فى رأس من الرقيق فقال للتاجر: هل فيه من عيب؟ فقال له التاجر: هو قائم العينين فأخذه على ذلك وذهب به ونقد الثمن، فسأل عن القائم العينين، فقيل له: هو الذى لا يبصر بهما وهو عيب، أنه لا ينتفع بجهله، والبيع له لازم. قال الراوي: ولقد عاودته مراراً فيها فأبى إلا ذلك، وقد قيل: إنه يعذر بجهله فى ذلك، ويكون له ردها إن لم يجدها عذراء وهو ظاهر قول أصبغ، والذى يأتى على مذهب ابن القاسم فى الذى يشترى الياقوتة وهو يظنها ياقوتة فإذا هى غير ياقوتة أن له أن يرد البيع خلاف رواية أشهب عن مالك –رضى الله تعالى عنه– وهو أظهر القولين وأولاهما بالصواب، ولا يحد الزوج إن قال: وجدتها غير عذراء إلا أن يصرح أن ذلك كان عن زنا لأن العذرة تسقط بالوثبة والسقط، قال فى «غريب ابن عبيد»: وبالحيضة والتعنيس، فإذا ذهبت بشيء من ذلك فينبغى لوليها إشاعة ذلك فى صغرها.

ويكتب فى ذلك: عقدٌ أشهد فلان على نفسه أن ابنته الصغيرة فلانة أو أخته رقت فى درج أو سلم فسقطت منه وذهبت عذرتها فأشاع بذلك وأعلن به لئلا

يظن بها غير ذلك، وليرتفع العار اللاحق لها عند تزوجها فى كبرها، وشهد على إشهاده بذلك من عرفه، ويعلم صغر البنت، وفى كذا.

بيان: قال ابن فتحون: وينبغى للولى عند عقد نكاحها أن يعلم بذلك الزوج، فإن لم يفعل فهل له الرد؟ فى ذلك قولان:

أحدهما: أنه لا يرد وهو ظاهر قول أشهب، والثانى أنه يرد، حكاه ابن العطار، قال ابن فتحون: وهو الصواب عندى لأنه عيب قد علم به يجب أن يبينه بخلاف المسألة الأولى فإنه لم يعلم به.

وفى كتاب «الاستغناء»: سئل عبد الرحمن بن عيسى عن جار له بكر زوجها أبوها فاتت بولد لأربعة أشهر فذكر ذلك لها، فقالت: إنى كنت نائمة فانتبهت لبلل بين فخذي، وذكر الزوج أنه وجدها عذراء، فأجاب فيها: أنها لا حد عليها إذا كانت معروفة بالعفاف وحسن الحال، ويفسخ النكاح ولها المهر كاملاً إلا أن تكون علمت بالحمل وغرت فلها قدر ما استحل منها.

الإيلاء، والظهار، واللعان

الإيلاء فى اللغة: الحلف، وفى الشرع : الحلف على ترك الوطء فى الزوجة بالله أو بغير ذلك من الأيمان أكثر من أربعة أشهر أو مدة غير معينة، فإن حلف على أربعة أشهر فأقل فليس بمولٍ، وسواء كانت الزوجة مدخولاً بها أو غير مدخول بها، وقد جعل الله له تربص أربعة أشهر والعبد على النصف من الحر فى

ذلك، فإذا انقضت أربعة أشهر وطلبته الزوجة بما يجب لها رفعته إلى السلطان فإن فاء وإلا طلقت عليه.

ويكتب فى ذلك ما نصه: حضرت بمجلس القاضى فلان –وفقه الله– فلانة وذكرت أن زوجها فلاناً آلى منها واعتزلها وترك مسيسها منذ خمسة أشهر تقدمت وحضر زوجها فلان المذكور ووافقته على ذلك فأقر به وثبت إقراره بذلك عنده وزوجيتهما على أعيانهما، ودعت الزوجة إلى النظر لها فخيره القاضى فى الفيئة أو الطلاق فأبى من ذلك، فعرض عليها الصبر فى ذلك فأبت، ودعت إلى الفراق فطلقها عليه القاضى طلقة واحدة بعد البناء بها يملك بها رجعتها إن قام فى عدتها، وحكم بذلك وأنفذه بعد الإعذار إليها كما يجب، وأشهد القاضى بما فيه عنه من ثبوت وحكم من أشهده الزوجان بما فيه عنهما فى كذا.

بيان: وإن كان ذلك قبل البناء فإنها تبين منه ولا يكون له عليها رجعة، والفيئة هو الوطء على المشهور،والأجل فى ذلك من يوم الحلف فإن أنظرته المرأة بعد انقضاء الأجل إلى أجل آخر، فإن لها أن تطلق عليه عند ذلك، ولا يستأنف لها السلطان ضرب الأجل وكذلك امرأة المعترض بخلاف امرأة المعسر بالنفقة إذا ضرب لها أجل وأخرته فإنها لا تطلق عليه إلا بعد أن يضرب لها السلطان أجلاً آخر، وإن كان مريضاً أو مجنوناً فإنه يؤخر حتى يزول عذره ولا يؤجل، وكذلك إن كان شيخاً فانياً أو معترضاً أو مجبوباً أو خصياً فلا حكم لإيلائه، فإن حلف بطلاق امرأته على شيء أن يفعله، قال ابن فتحون فإن كان شيئاً ممكناً فى الوقت مثل أن يقول: إن لم أدخل الدار فأنت طالق ونحوه، فإن

السلطان يحول بينه وبين زوجته لأنه على حنث ويضرب له أجل الإيلاء، وإن كان المحلوف عليه غير ممكن فى الوقت مثل أن يقول إن لم أحج أو نحو ذلك فإنه يترك معها ولا يحال بينهما، فإذا أمكنه ذلك حيل بينه وبينها وضرب له أجل الإيلاء والأجل فى هذا من يوم ترفعه المرأة بخلاف الإيلاء المتقدم، فإنه من يوم الحلف فإن ترك الوطء مضاراً من غير حلف أمر بإزالة ذلك والعود إليه مرة بعد أخرى، فإن تمادى على ذلك فرق بينهما بعد التلوم، وقيل: بعد أجل الإيلاء وكذلك إن سرمد العبادة فإن ذلك لا يسقط حق الزوجة فى الوطء ويؤمر بجماعها، فإن تمادى كان مضاراً وطلقت عليه، قال حمديس: ولم يجد مالك فى ذلك حد، أو قال: إن جامع وإلا فرق بينهما، وقال ابن حبيب: يخلو معها فى كل أربع ليال ليلة وهو قسم المرأة مع ضرائرها.

وفى كتاب «الاستغناء» يقضى للرجل على زوجته من الجماع إذا تحاكما فيه بأربع مرات فى الليلة وأربع فى اليوم.

فصل

والظهار أن يقول الرجل لامرأته: أنت على كظهر أمي فيحرم عليه وطؤها والتلذذ بشيء منها حتى يكفر، وإن كان ممن يتهم فلا يترك يخلو بها، وكذلك إن ذكر عضوا غير الظهر أو غير الأم من ذوات المحارم فذلك كله ظهار، فإن ذكر أجنبية ففى ذلك خلاف، فإن لم يذكر ظهرها فقيل: يكون ظهاراً، وقيل: يكون بتاتاً، فإن ذكر الظهر فى الأجنبية فهو ظهار والكفارة تخرجه من ذلك، فإن لم يكفر وأبت الزوجة الصبر عليه ورفعته إلى السلطان تلوم له فى ذلك المرة

بعد المرة، فإن لم يفعل ضرب له أجل الإيلاء من يوم ترفع أمرها إلى السلطان على المشهور، وقيل: من يوم ظاهر، وبالأول القضاء.

ويكتب فى ذلك: حضرت عند القاضى فلان -وفقه الله تعالى- فلانة وذكرت أن زوجها فلاناً ظاهر منها منذ كذا، واعتزلها وحضر معها زوجها المذكور فأقر بذلك، وثبت إقراره بذلك عنده وزوجيتهما على أعيانهما، وسألت منه الزوجة النظر لها فخيره السلطان فى الكفارة والعود إليها أو الفراق، وتلوم له فى ذلك المرة بعد الأخرى وهو متماد على إبايته وإضراره، فضرب له القاضى فى ذلك أجل المولى أربعة أشهر أولها كذا، وأشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت وتأجيل من أشهده الزوجان بما فيه عنهما، وعرفهما فى كذا، فإذا انقضى الأجل وتمادى على إضراره طلقت عليه.

ويعقد فى ذلك ما نصه: لما انصرم الأجل المقيد بكذا وحضر عند القاضى فلان -وفقه الله- الزوجان المذكوران فلان وفلانة وأقر الزوج أنه لم يكفر حتى الآن فثبت إقراره بذلك عنده، وسألت الزوجة النظر لها اقتضى نظر القاضى إن طلقها عليه طلقة واحدة يملك رجعتها إن كفر فى عدتها، وحكم بذلك وأنفذه بعد الإعذار إلى كل واحد منهما كما يجب، وشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت وحكم من أشهداء الزوجان بما فيه عنهما فى كذا.

بيان: اختلف فى العود ما هو، فقيل: هو الوطء نفسه، وقيل: العزم على الإمساك، وقيل: إرادة الوطء، قال ابن فتحون: وهو الأظهر، فإن لم يقدر على الكفارة أو كان ممن لا يصح منه وطء كالخصى والمجبوب والعنين والشيخ الفانى

فلا قيام للزوجة فى ذلك ولا يؤجل، والكفارة مترتبة على نص الآية والصيام فيها متتابع، والإطعام على الشبع مدّ لكل مسكين بمدّ هشام، وهو مد وثلثان من مدّه عليه الصلاة والسلام من عيش أهل البلد الغالب.

فصل

واللعان بين كل زوجين وهو أن يدعى أن زوجته زنت أو ينفى نسب حمل بها أو ولدها، ويحلف على ذلك، وتحلف الزوجة على تكذيبه، فإذا ادعى أنه لم يطأ زوجته قط أو لمدة لا يلحق فيها النسب لكثرة أو لقلة أو ادعى أنه رأى امرأته تزنى أو أنه استبرأها قبل الحمل الذى بها و لم يطأها بعد فأنكرت هى ذلك وترافعها إلى السلطان وجب اللعان.

فيكتب مقال الزوجين ونصه: تقول فلانة بنت فلان أن زوجها فلاناً قذفها أو نفى حملها وحضر زوجها المذكور ووافق على ذلك، وقال: إنه رأى زوجته المذكورة تزنى أو أنه استبرأها قبل الحمل الذى بها بحيضة و لم يطأها بعد، ونفى نسب الحمل المذكور، وأنكرت هى ما ادعاه من ذلك الإنكار الكلى فبينهما الشرع، وأشهد بذلك فى كذا، ولابد من ثبوت زوجيتهما، فإذا ثبتت زوجيتهما لدى القاضى ومقالتهما لزم الحكم بينهما.

ويكتب فى ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً وفلانة بالعين والاسم معرفة تامة، ويعلمون صحة الزوجية بينهما واتصالها من غير طلاق وقع بينهما ولا فراق بوجه حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

فإذا ثبت المقال وزوجيتهما **تكتب فى ذلك ما نصه**: لما ثبت عند القاضى فلان -وفقه الله- رسم المقال المقيد بكذا وزوجية الزوجين المذكورين به ثبوتاً تاماً، ووجب الفصل بينهما فاقتضى نظره أن أحضرهما بمجلس حكمة بكذا ووعظهما بالله تعالى وخوفهما عقابه فتماديا على ما زعماه من ذلك و لم يرجع أحد منهما عن قوله فأمرهما بالالتعان بين يديه بموضع حكمه من الجسد الجامع بكذا، وبدأ بالزوج فلان على الواجب فقام على قدميه واستقبل القبلة، وحلف أربعاً قال فى كل واحدة منها: أشهد بالله لقد رأيتها تزني، ولقد استبرأتها بحيضة قبل حملها، و لم أطأها بعد ثم خمس إن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، وذلك بمحضر الزوجة وعلى عينها وهو يشير إليها، وحلفت هى بعده بالموضع المذكور قائمة مستقبلة القبلة أربعاً قالت فى كل واحدة منها: أشهد بالله ما زنيت، ولقد كذب على فيما ادعى، وخمست بأن غضب الله عليها إن كان من الصادقين، وثبت عند القاضى المذكور أيمانهما والتعانهما كما يجب، ووقعت الفرقة بذلك بينهما، وحرم عليهما أن يتناكحا أبداً على ما أحكمته السنة، وسقط به نسب الحمل الذى بفلانة منه ونظر القاضى فى ذلك نظراً أوجب إمضاءه والحكم به والإشهاد عليه بعد أن أعذر إلى كل واحد منهما بما أوجب أن يعذر به إليه فلم يكن عند واحد منهما فى شيء من ذلك مقال ولا مدفع وشهد على القاضى بما فيه عنه من ثبوت، وحكم من أشهده الزوجان بما فيه عنهما وحضر الأيمان المذكورة وسمعها واستوعبها من كل واحد منهما ووعاها، وقيد على ذلك شهادته فى كذا.

بيان: فإذا قال: إنها زنت ولم يدع رؤية ولا نفى حملاً ففى ذلك قولان، وكذلك إن نفى الحمل ولم يدع الاستبراء، فقال ابن القاسم: يلاعن، وقال المخزومى وغيره: يحد ويلاعن. قال ابن رشد فى «كتاب البيان»: اللعان على ستة أوجه ثلاثة منها متفق عليها، وثلاثة مختلف فيها، فالمتفق عليها أن ينفى حملا لم يكن مقراً ويدعى الاستبراء أو يدعى رؤية لا مسيس بعدها فى غير ظاهرة الحمل أو ينكر الوطء، فيقول: ما وطئتها قط أو ماذا وضعت أو منذ مدة كذا لما لا تلحق إلى مثله الأنساب من كدرة أو قلة، والثلاثة المختلفة فيها أن يقذف زوجته ولا يدعى رؤية أو ينفى حملاً ولا يدعى الاستبراء أو يدعى رؤية لا مسيس بعدها فى حامل بينة الحمل لأن ابن الجلاب حكى فيها ثلاث روايات عن مالك -رضى الله تعالى عنه- إيجاب الحد واللعان، وإيجاب اللعان وثبوت النسب، وإيجاب اللعان وسقوط النسب فإن قال: إنها زنت ولم يدع رؤية ولا نفى حملاً ففى ذلك قولان، وكذلك إن نفى الحمل ولم يدع الاستبراء فقال ابن القاسم: يلاعن، وقال المخزومى وغيره: يحد ولا يلاعن وتجزئه حيضة واحدة فى الاستبراء على الأشهر، وقيل: ثلاث، ولابد من ثبوت الزوجية إن لم يكونا طاريين، ولا يكفى فى ذلك إقرارهما إلا أن يكون نكاحهما فاشياً معروفاً فإن كانا طاريين وجب اللعان على إقرارهما، ولا يكون اللعان على الحمل إلا بعد ثبوته بشهادة امرأتين، وقد روى عن مالك -رضى الله تعالى عنه- أنه لا يجب اللعان حتى تضع، واختلف هل يجب على الزوج، إذا ادعى رؤية أو نفى حملاً أن يسجن حتى يقع اللعان أم لا؟ فقال الباجى: يسجن، وقال غيره وهو أبو عمر بن عبد الملك كذلك أيضاً، لأنه قاذف، وإذا كانت المرأة لم يدخل بها

وظهر بها حمل فادعته عليه ونفاه هو فإنهما يلتعنان ولا ينفى منه إلا باللعان إذا دعت أنه كان يغشاها، وكان ذلك يمكن وجاءت به لستة أشهر فأكثر من يوم تزوجها، فإن جاءت به لأقل من ستة أشهر فلا صداق لها ولا لعان فإن لاعن قبل أن تضع الحمل فأتت به لأقل من ستة أشهر لم يكن لها صداق ولا تحرم عليه بالتعانهما لأنها كانت غير زوجة له؛ قاله ابن الماجشون، ومحمد بن المواز، وحكى في نص اليمين أنه إذا قال في الأيمان أشهد بالله أجزأه على نص القرآن، فإن لم يقل أشهد، وقال: بالله، لم يجزه حتى يقول: الذى لا إله إلا هو، وإن ثبت أنه وطئها بعد الرؤية حد ولحق به الولد، وكذلك لو علم بالحمل وسكت أنه يحد ويلحق به الولد، وكذلك إن كانت أمة.

ويكتب في ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً وأنه أقر لهم أن زوجته فلانة أو أمته فلانة حامل منه، وسمعوا ذلك منه منذ كذا، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، فإن رجع أحدهما قبل تمام اللعان بكلمة فإنه يثبت النكاح، ويجب الحد على الراجع منهما، وكذلك إن رجع الزوج بعد تمام اللعان لحق به الولد وحد التحريم ماضي.

ويكتب في ذلك عقد: أشهد فلان على نفسه أن زوجة فلانة ولدت من الحمل الذى كان بها ابناً اسمه كذا، وأنه أستلحقه بعد وقوع اللعان بينهما، وأقر به لما لزمه من القول بالحق وأكذب نفسه فيما ادعاه ورجع عن نفيه، والتزم الإنفاق عليه إشهاداً صحيحاً عرف قدره وشهد على إشهاده بذلك في كذا، فإن ادعى أنها لم تلده فلا ينفيه إلا باللعان، فإن كانت أمته فلا يلحق به حتى

يثبت أنها ولدته بامرأتين وله ففي حمل أمته ولا يلزمه لعان، وكذلك لا يلزمه يمين على المشهور،

ويكتب في ذلك: عقد أشهد فلان على نفسه أن مملوكه فلانة ظهر بها حمل بعد استبرائه لها، وأنه انتفى منها لتبينه أنه ليس بابن له ولما يخشى أن يلحق به غير ولده وشهد على إشهاده بذلك فى كذا، قال ابن مغيث: وإذا تم اللعان وجبت الفرقة وكان طلاقا بائناً ولم يتناكحا أبداً، ولا يتم الفراق بينهما على مذهب ابن القاسم إلا بحكم القاضى لقوله عليه الصلاة والسلام لعويمر العجلانى وزوجته بعد التعانهما: «قوما فقد فرقت بينكما»[1] بخلاف قول سحنون فى ذلك، وإذا وقع اللعان بعد الطلاق البائن فى نفى حمل ففى تأبيد تحريمهما قولان إذ لم تكن له زوجة وقت اللعان، قاله عبد الحق فى «التهذيب»، واللعان فسخ بغير طلاق والفرق بين ما يفسخ بطلاق وبين ما يفسخ بغير طلاق كل نكاح للزوج أو للزوجة أو للولى إمضاؤه، وفسخه فالفسخ فيه بطلاق كانكاح الأجنبي ونحوه، وما كانا مغلوبين على فسخه ففسخه بغير طلاق كولاية العبد والمرأة والمحرم ونحو ذلك، على هذا أكثر الرواة، روى عن مالك -رضى الله تعالى عنه- ورجع إليه ابن القاسم أن ما اختلف فى إجازته وفسخه ففسخه بطلاق، وما اتفق على فسخه فالفسخ فيه بغير طلاق.

وتعيين ما يفسخ قبل الدخول مما يفسخ بعده أن ما لا يختلف فى فساده فسخ قبل الدخول وبعده وما اختلف فيه، فإن كان بنصٍ أو سنة أو لحق الورثة

---

(1) روى التفريق بين المتلاعنين عند الإمام النسائى فى ((السنن))، وعند غيره.

فكذلك، وإن لم يكن كذلك فإن كان الخلل فى عقدة ففي فسخه بعده روايتان بل قولان، وإن كان لخلل صداقه فالمشهور يفسخ قبله لا بعده.

فصل

وكل مطلقة فالمتعة لها مستحبة إلا المختلعة والمطلقة قبل البناء وقد فرض لها ولا يقضي بها، ولا يحاص بها الغرماء ومقداره على قدر حاله.

ويكتب فيه عقد: متع فلان مطلقته فلانة بثوب كذا أو مملوك صفته كذا أو بكذا وكذا ديناراً امتثالاً لأمر الله تعالى، وقبلت ذلك منه وشكرته عليه، وقبضته وصار عندها بعد علمها بأن ذلك متعة مثلها من مثله وشهد عليهما بـــذلك فى كذا.

وإذا وقع الطلاق قبل الدخول فلا عدة، فإن جهل الدخول وأقرت به الزوجة فعليها العدة، وإن أنكرته فلا عدة عليها، وإن أقر به الزوج، وإن علم الدخول فالعدة لازمة وإن تصادقا على نفى الوطء، ولا يكون للزوج فيها رجعـــة ولا تجب بوطء الصغير الذى لا يولد لمثله، وإن قوى على الجماع ولا يوطء المجبوب ذكره وأنثياه ولا على صغيرة لا تطيق الدخول، وتجب فى النكاح الفاســـد إذا وقع الفسخ فيه بعد الدخول، وكذلك فى كل وطء بزنا أو شبهة، ولا يجـــوز للزوج أن يطأ فى هذه العدة من النكاح الفاسد، ولا أن يعقد وإن لحق به الولد بخلاف العدة من النكاح الصحيح، وتجبر الكتابية عليها فى الطلاق والموت.

والنساء فى ذلك على أقسام: معتادة الحيض، ومرتابة فيه، وصغيرة، ويائسة، وحامل. فالمعتادة تتربص ثلاثة قروء وهى الأطهر للحرة،واثنان للأمـــة وتعتـــد بطهر الطلاق ولو لحظة فتحل بأول الحيضة الثالثة على المشهور، والمرتابة بغـــير سبب معتاد حرة أو أمة تتربص سنة تسعة أشهر استبراء وثلاثة عدة تحل عقب السنة، فإن حاضت فى السنة انتظرت الثانية كذلك ثم الثالثة كذلك، فإن كانت اعتادت الحيض بعد انقضاء السنة ففى انتظارها الأقراء قولان،

والمرضعة لا تحل إلا بالأقراء ولا تحل بالسنة اتفاقاً فإذا انقطع الرضـــاع و لم يأتها الحيض فهى كالمرتابة بلا سبب كما تقدم.

وفى المريضة قولان أحدهما: أنها كالمرتابة بغير سبب وهو قول ابن القاســـم فتحل بتمام السنة.

والثاني: أنها كالمرضعة وهو قول أشهب.

وأما المستحاضة فإن كانت لا تميز بين الدمين فهى كالمرتابة بلا سبب، وإن كانت مميزة فقولان: أحدهما: أنها تعتبر الحيض المميزة فتعتد به وهو قول ابـــن القاسم. والثاني: كالمرتابة وهو قول ابن وهب.

والصغيرة واليائسة ثلاثة أشهر بالأهلة وتلغى اليوم، وقيل: تحتـــسب بـــه إلى وقته، فإن انكسر الشهر الأول تممت ثلاثين من الرابع، وقيل: تتم الثلاثة ثلاثين، فإن رأت الحيض قبل تمامها انتقلت إلى الأقراء، والحامل تحل بوضع حملها، وإن كانا توأمين فلا تحل حتى تضع الثاني، فإن ارتابت فى الحمل فلا تحل حتى تبلـــغ أقصى أمد الوضع وهو خمسة أعوام على المشهور، وقال أشهب: لا تحل أبـــداً

حتى تيأس ولا يضرها إقرارها بالحيض لأن الحامل تحيض، وعدة المتوفى عنها صغيرة كانت أو كبيرة دخل بها أو لم يدخل أربعة أشهر وعشر، وإن كانت أمة فشهران وخمس ليال، فإن كانت حاملاً فعدتها وضع حملها قرب أو بعد، وفى الحرة الكتابية قولان:

أحدهما: تستبرئ بثلاث حيض.

والثاني: أنها كالحرة المسلمة، فإن انقطع الحيض للمعتدة من الوفاة بغير سبب أو مرض أو رضاع ففى ذلك قولان:

أحدهما: أنه لا يعتبر ذلك وتحل بتمام الأربعة الأشهر والعشر، والثاني: أنه لابد من حيضة واحدة، فإن حاضتها وإلا تربصت تسعة أشهر فتحل إذ ذاك إلا أن تحس حملاً فتبقى إلى مدة الحمل، فإن كانت عادتها أن الحيض يتأخر عنها أكثر من عدتها ففى ذلك قولان: أحدهما أنها تحل بمضى أشهر العدة وإن لم تحض، رواه ابن القاسم.

والثاني: أنه لابد لها من الحيض والمستحاضة فيها قولان:

أحدهما: أنها تتربص أربعة أشهر وعشر إن كانت حرة، وثلاثة أشهر إن كانت أمة إذ ذاك استبراء من لا تحيض.

والثاني: أنها تتربص تسعة أشهر حرة كانت أو أمة.

وعدة الأمة وأم الولد من سيدها حيضة واحدة فإن كانت ممن لا تحيض فثلاثة أشهر، وإن كانت مرتابة أو مستحاضة فتسعة أشهر، وإن كانت حاملاً

فبالوضع والتصريح بالخطبة للمعتدة حرام، والتعريض جائز، فإن صرح وعقد بعد العدة يستحب له فراقها بطلقة وتعتد منه ثم يتزوجها، وروى أشهب أنه يفرق بينهما وإن عقد فى العدة ودخل بها فسخ النكاح وحرمت عليه أبداً على المشهور المعمول به فى المذهب لقضاء عمر بذلك، وإن لم يدخل بها أو دخل بها بعد انقضاء العدة طلقت عليه، وفى تأبيد التحريم عليه قولان، وفى «المدونة»: إن قبل أو باشر فيها حرمت عليه، وسواء كانت العدة من نكاح أو شبهه أو كان الوطء بنكاح أو شبهة الحكم فى ذلك واحد، فإن كان الوطء بملك أو بزنا لم يتأبد التحريم، وكذلك إن كانت العدة من زنا ففى تأبيد التحريم قولان.

البيوع

وشروط جوازه خمسة: طهارة المبيع، وأن يكون منتفعاً به، وأن يكون مقدوراً على تسليمه، وأن يكون معلوماً للمتعاقدين، وأن يكون الثمن والمبيع مملوكاً لهما أو بنيابة عنهما، والمبيعات أصناف: أصول وحيوان وعروض.

الصنف الأول: الأصول، والبيع فيها جائز إلا ما كان منها منزلاً منزوعاً عن اليد أو مطيلاً ففيه كلام سيأتى، وهى على قسمين رباع وهى الدور والحوانيت والأفران ونحوها، وعقار وهى الفدادين والجنان والكروم ونحوها.

الأول: الرباع:

عقد شراء الدار: اشترى فلان بن فلان من فلان جميع الدار الكائنة بكذا حدودها فى القبلة كذا، وفى الجنوب كذا وفى الشرق كذا، وفى الغرب كذا بحقوقها وحرمها ومنافعها ومرافقها الداخلة فيها والخارجة عنها اشتراء صحيحاً جائزاً بثمن مبلغه كذا من سكة كذا، قبضها البائع طيبة مقلبة وصارت بيده، وأبرأ منها أو بالتأخير إلى أجل كذا، وخلص بذلك للمشترى تملك مشتراه خلوصاً تاماً وحل فيه محل ذى المال فى ماله وذى الملك الصحيح فى ملكه على السنة والمرجع بالدرك، وقد دخلها المشترى وقلبها من داخلها وخارجها وأحاط بها علماً وبصراً، وعلم بأنها قديمة البناء واهية الأساس، وتسمى العيوب فرضيها والتزمها وعرفا قدره وشهد عليهما بما فيه عنهما فى كذا.

بيان: إن بدأت العقد باشترى فإنك تصرف كل ما يأتى فيه بعد ذلك من ذلك اللفظ فتقول: قبض المشترى وخلص له مشتراه ونحو ذلك، وإن بدأت بلفظ باع فتصرف ما يأتى فى العقد من لفظة فتقول: المبتاع والمبيع ونحو ذلك، وقولنا: جميع الدار بكذا أحسن من قولنا: الدار التى له إذ يدخل الاختلاف بإضافتها إلى البائع وكأن المشترى أقر له بها، ومن ابتاع ملكاً وأقر أنه يعلمه لبائعه ثم طرأ استحقاق ففى رجوعه على البائع بالثمن قولان:

أحدهما: أنه لا رجوع له وهو قول أشهب ورواية أصبغ عن ابن القاسم.

الثاني: أنه يرجع عليه ولا يضره إقراره وبذلك القضاء فالخروج عن هذا الاختلاف أحسن، وقولنا: بحقوقها وحرمها هو الصواب، وينبغى أن تسمى كل ما يمكن انفصاله عن المبيع، فإن ظهر حائط من الدار للغير لم يكن له قيام إلا أن

يشترطه معيناً لأنه إذا ظهر أنه للغير فليس من الحقوق، وكل ما يكون فى الدار مما ينقل ويحول كالصخرة والتراب والخشب سواء كان معداً لإصلاحها أو مما تهدم منها فهو للبائع، وإنما يحكم للمشترى بكل شيء ثابت كالبنيان، واختلف فى السلم الذى ينقل، فقال ابن زرب: هو للمبتاع لأنه من المرافق التى لا يدخل للغرف إلا به، وقال ابن عتاب، وغيره: هو للبائع، وقال ابن رشد: لا يكون للمبتاع إلا أن يكون من خشب على هيئة الدرج، وكذلك المطاحين المبنية اختلف فيها فقيل: إنها للبائع، وقيل: للمبتاع، وقيل: الأسفل للمشتري، والأعلى للبائع، قال ابن رشد والصواب أنها للبائع ولا عبرة بالبناء إذ ليست من بناء الدار ولا من أنقاضه.

وسئل بعضهم عن الدمن إذا كان قد لصق بقاعة الدار، فقال: هو للمبتاع ولا يكون للبائع إلا أن يشترطه.

وقال ابن الحاج فى «مسائله» فيمن باع دار أو حائطه مدعم بدعائم أنها للمشترى كالبنيان فإذا ثبت أنها عارية فيرجع المشترى على البائع بقيمتها من الثمن،

والنحل إذا كانت فى كوى فى جدار الدار فهى للمبتاع وإن كانت فى جبح فهى للبائع، والحمام فى البرج للمبتاع، قاله ابن العطار، وقال القاضى أبو الوليد: إذا بيع البرج ولم يذكر حمامه فهى للبائع وهو الذى بنى عليه ابن فتحون، ولابد من تبيين السكة فإن قطعت تلك السكة بعد وقوع البيع فليس له إلا السكة القديمة، قال ابن رشد: ولا يجب إلا ما وقعت به المعاملة، ومن قال من الفقهاء

إنه لا يجب إلا السكة المتأخرة لأن السلطان قطعها، فليس بشيء، وليس بقول أحد من أهل العلم، وقال ابن عتاب: ويرجع فى ذلك إلى قيمة السكة المقطوعة من الذهب فيأخذ صاحب الدين قيمة ما وجب له ذهباً، قال: وهذا هو الصواب، وإن كان فى العقد أنه قبضها مقلبة كما ذكر ثم أتى البائع بدراهم رديئة يزعم أنها من دراهم المبتاع وأنكرها فلا يمين عليه، فإن سقط الفصل من العقد وجبت اليمين على المبتاع أنه ما يعرفها من دراهمه وله رد اليمين، فإن ردها حلف البائع على البت أنها من دراهم المبتاع ووجب له البدل، فإن جاء بعد القبض يزعم أنه لم يقبض شيئا وأنه أشهد له بالقبض على سبيل الطمأنينة وأنكر ذلك المشترى فلا يمين عليه سواء قام على قرب أو بعد، وقيل: إن قام على قرب كان له أن يحلفه وإلا فلا، والقرب فى ذلك العشرة الأيام ونحوها، ذكر ذلك ابن حدير فى أحكامه وكان ابن زرب يقول: إن كان من قرابة البائع أو جلسائه كان له أن يحلفه وإلا فلا، ولم يفرق بين قرب التاريخ أو بعده، وقال ابن حبيب: لا يمين عليه عند مالك وجميع أصحابه إلا أن يأتى بسبب يدل على ما ادعى وتقع عليه تهمة فيكون عليه اليمين، قال ابن الحاج فى «مسائله»: يحتمل أن تكون التهمة أن تكون بينهما قرابة أو صداقة كما ذكر ابن زرب، وقد نزلت فأفتى باليمين وقضى بذلك ابن رشد وكان للبيع أربع سنين، فقال ابن رشد: يحلف ولو بعد عشرة أعوام، فإن كان الثمن مؤخراً إلى أجل ذكرته وهو جائز إلى ما يتفقان عليه إلا أن يتطاول جداً، قال ابن القاسم، فقيل لمالك: أتكره أن يبيع الرجل إلى عشرين سنة؟ قال: نعم فقيل له: اتفسخه؟ قال: لا، قال ولو كان سبعين أو ثمانين لفسخته، وقد قال مالك فى النكاح، إذا وقع إلى

ثلاثين سنة أنه جائز فكذلك البيع عندي، فإن أقام البائع بعد الأجل مدة طويلة ثم قام يطلب فله ذلك، قال ابن مزين عن أصبغ: وإذا كان القول قول البائع فى أول الأمر فالقول قوله فى آخره متى قام به كان على حقه لا يبالى أي ساعة كانت ولا ما كان قدر الثمن فى قلته وكثرته، وكذلك لو لم تقع بينهما شهادة لأنه وإن لم يكن إشهاد كالذكر للحق المشهود فيه فلا يبطل إلا أن يتطاول الزمان كالثلاثين سنة والأربعين، وكذلك الديون كلها، وإن كانت معروفة الأصل إذا تطاول زماناً هكذا ومن هي عليه حاضر فلا يقوم بدينه إلا بعد هذا من الزمان، فيقول: قد قضيتك وباد شهودي.

وفى «مسائل ابن الحاج»: روى مطرف عن مالك -رضى الله تعالى عنه- فى الذى يشترى الدور والرقيق والدواب ثم يدعى البائع بعد سنة أنه لم يقبض الثمن أن القول قول البائع مع يمينه أنه لم يقبض الثمن ولو كان بزا أو تجارات تقع فيها المداينة حلف البائع ما لم يطل عشرين سنة وما أشبه ذلك، وتسمية العيوب هو الصواب فما سمى من العيوب فهو لازم للمشترى ظاهراً كان أو خفياً وما لم يسم، فإن كان فى العقد أنه قلب ورأى كما تقدم، فإن كان العيب ظاهراً لا يخفى فإنه لازم وليس له القيام به، وإن كان خفياً فإنه يلزمه اليمين أنه ما رآه وحينئذ يرده، وإن لم يكن فى العقد أنه قلب فله الرد فى الوجهين ظاهراً كان أو خفياً كذلك، قال عبد الملك عن مطرف وأصبغ: وإن التزم أنه لا يقوم بعيب فلا يلزمه ذلك، وله القيام إذا وجد عيباً إلا أن يسمى له كما تقدم، وقولنا: عرف قدره ليرتفع دعوى الجهل من أحد المتبايعين، قال ابن فتحون: وإيقاع هذا الفصل بعد ذكر الثمن أحسن لأن المعرفة إنما تكون بالثمن والمثمون

فإن ادعى أحدهما الجهل بعد ذلك فلم يكن له القيام ولا يمين فإن سقط من العقد لم يصدق أيضاً مدعى الجهل إلا أن يدعى علم صاحبه به على وجه يمكن فيجب له اليمين عليه أنه ما علم بجهله، فإن نكل ورد اليمين على الآخر حلف لقد جهل ما باعه أو ابتاعه وينفسخ البيع.

وسئل ابن رشد فيمن باع أملاكه وهو غائب عنها يعلم أنه لم يدخلها قط وانعقد عليه فى العقد أنه يعرف قدرها كما يكتب فى الوثائق، وكل من فى الموضع يشهد أنه لم يدخلها قط ولا يعرف قدرها ولا مبلغها ولا يحوزها قبل الابتياع ولا بعده، فقال: إذا انعقد عليه ذلك فلا يلتفت إلى دعواه، ولا يكون له فى ذلك قيام، قال: إلا أن يدعى أن المبتاع يعلم ذلك فتجب عليه اليمين. وقال ابن حمدين: إن كان لم يعلم قدر ما باع وكان جاهلا به فينتقض البيع، وإذا شهد فى العقد بينهما شاهدان عدلان ثم طلب أحدهما من الآخر أن يشهد غيرهما وأبى الآخر، فقال ابن رشد: لا يلزمه أن يشهد له أكثر من شاهدين عدلين لقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُواْ شَهِيدَيْنِ من رِّجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢] إذا كانا عدلين مبرزين فى العدالة يمكنه الإشهاد على شهادتهما إن أراد أن يحصن لنفسه خوف فجأة الموت أو النسيان أو غير ذلك.

فصل

فإن قبض المبتاع المبيع ونزل فيه قلت قبل تقييد الإشهاد ما نصه: ونزل المبتاع فى المبيع وقبضه وأبرأ البائع من درك الإنزال، فإن أقر المبتاع أن الملك للبائع لم يلزمه إنزال وإن لم يقر له ففى كتاب «الاستغناء» قال المشاور: إن ابتاع رجل ملكاً من رجل قد اشتراه معروفاً لغيره فعليه إنزاله فيه ودفع وثائق الشراء إليه أو نسخها بخطوط البينة التى فيها، ويلزمه ذلك، فإن أبى وظهرت الوثائق جبره الحاكم على دفعها أو نسخها، قال غيره: فإن لم تظهر فللمبتاع الخيار إن أحب أمضى البيع وإلا رجع فى ثمنه وإن استثنى البائع سكنى الدار جاز فيما كان نحو السنة، ولا يجوز لأكثر من ذلك لما يخشى من تغيرها ودخول الضرر فيها على المبتاع.

ويكتب فى ذلك ما نصه: واستثنى البائع سكنى الدار المبيعة مدة من كذا، فإن التزم المشترى أن لا يبيعها حتى ينصف من الثمن ومتى فعل حل عليه الثمن فلا يجوز ذلك إلا أن يكون طوعاً.

ويكتب فى ذلك ما نصه: وتطوع المشترى أن لا يحدث فى المبيع بيعاً ولا تفويتاً حتى يقع الإنصاف من الثمن، ومتى فعل حل عليه أو ما بقى منه، قال القاضى أبو عبد الله بن الحاج فى «مسائله»: إذا انعقد هذا بين المتبايعين، فإن كان شرطاً بينهما فسخ البيع لأن هذا بجهلة فى الأجل، وإن كان طوعاً فإن كان فى نفس العقد فهو كالشرط، وإن كان بعد العقد فهو عامل، ويحتمل أن يقال أن المتبايعين يسألان عنه، فإن اتفقا على أنه كان بعد عقد البيع فهو

طواعية صحيحة، وإن أقرأنه كان شرطاً أو طوعاً فى نفس العقد فهو كالشرط ويفسخ به البيع، ويحتمل أن يكون هذا الشرط مما إذا تركه البائع جاز البيع كبعض بيوع الثنيا، وأما إذا اختلفا، فقال البائع: تطوعت به بعد البيع، وقال المبتاع: إنه كان شرطاً أو طوعاً فى نفس البيع، فالقول قول المبتاع وإن كان يدعى الفساد لأن العرف فى ذلك جارٍ على الفساد على ما روى عن ابن القاسم فى «العتبية» فى المغارسة، وكذلك إن انعقد بيع دار متى اعترضها السلطان انفسخ البيع ورددت الثمن لم يجز البيع بهذا الشرط، وكذلك لو كان طوعاً فى نفس العقد، ولو كان بعد العقد جاز، وقال -رحمه الله تعالى- للعلماء فى الشروط المقارنة للبيع ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الشرط باطل والبيع جائز، والثاني: أن البيع باطل والشرط باطل. والثالث: أن البيع جائز والشرط جائز، ويتنوع قول مالك فى هذا الأصل وجمعه على التلخيص أن البيع الجائز إذا قارنه الشرط فإما أن يكون الشرط حراماً أو حلالاً، فإن كان حراماً فسد البيع به، وإن كان الشرط حلالاً، فإن كان له تأثير فى النقص من الثمن فسد البيع به أيضاً كبيع الثنيا وبيع الأمة على أن تتخذ أم ولد وعلى أن لا يبيعها ونحو ذلك، وإن لم يكن له تأثير فى النقص من الثمن وكان حلالا كما ذكر، فهذا يجوز فيه البيع والشرط، فإن تبرأ البائع إلى المشترى بعيب فى المبيع بعد تمام البيع والتزمه المبتاع، **فيكتب فى ذلك عقد:** تبرأ فلان البائع المذكور فى كذا إلى فلان المشترى فيه فى الدار أو الملك الذى باعه منه بعيب كذا إذا أغفل ذكر اشتراط حين العقد، وأراه الآن للمبتاع ووقف معه عليه وتحققه فى المبيع، وعلم المبتاع أنه بالخيار بأن يرد المبيع ويأخذ ثمنه إذا لم

يفت المبيع أو يلزم البيع المذكور فاختار الاستمساك بصفقته ورضى العيب المذكور والتزم المبيع به، وأسقط عن البائع التبعة فيه عارفاً قدره، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

وأما إذا قام المبتاع على البائع بعيب أغفل ذكره كما ذكر، فإن كان ظاهرا وأراه إياه فإن المشترى يخير بين أن يمسك المبيع ويلزمه العيب أو يرده ويأخذ ثمنه إلا أن يكون قد فات فيرجع عليه بالقيمة، وإن لم يكن العيب ظاهراً ولم يعلم إلا بقوله فلا يقبل قوله فى ذلك وعد ذلك منه ندماً ومتى ظهر المبتاع عليه قام به، قال ابن فتحون: والعيوب فى الدور ونحوها على ما ذكره الشيخ أبو محمد بن أبى زيد ثلاثة أقسام أحدها: عيب خطير يستغرق معظم الثمن، فهذا يثبت به الرد ويرجع بجميع الثمن.

الثاني: عيب يسير لا ينقص من الثمن، فهذا لا يرد به ولا يرجع بقيمة العيب.

والثالث: عيب ينقص من الثمن ولا يذهب بمعظمه، فهذا يرجع بقيمة العيب، ويتمسك بالمبيع، وهى تخالف فى ذلك سائر المبيعات، وقال غيره؛ هما سواء، وإذا ألفى فى العروض عيب خفيف فإنه يرجع بقيمته، والأول أشهر، وقيل: إنه إذا وجد فى الدور ونحوها عيب ينقص من الثمن فإنه يثبت للمبتاع خيار الرد ما لم يفت كالحيوان سواء.

وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا كان العيب فى العقار يسيرا فلا يرد به المبيع وللمبتاع الرجوع بقيمة العيب إلا أن يقول له البائع: اصرف على ما بعت منك

وخذ الثمن فمن حقه ذلك إلا أن يفوت المبيع فيكون له قيمة العيب. قال: والصحيح فى الرجوع بعيب الدار وردها أن تقوم صحيحة يوم التبايع وتقوم معيبة يوم التبايع فما انحط عن القيمة انحط القليل منه أو رد المبيع فى الكثير، قال: وفى «الواضحة»: إن العيب فى الدار إذا كان الثلث ردت، وإن كان أقل من الثلث لم ترد به وتأمل كلام سحنون فإنه فرق بين دور الفناديق وغيرها فى مراعاة الثلث وأقل منه، وفى «سماع عيسى» عن ابن القاسم: أنها ترد من العشر إذا رأى السلطان ذلك نظراً ونحو ذلك، وقد قال قائل: ينظر إلى الثمن فإن نقص مائة من ألف كثير ترد الدار به، وكذلك تنقص خمسين من خمسمائة ونقص واحد من عشرة بخلاف ذلك، ولا ترد به الدار فيرجع بقدره وقال — رحمه الله تعالى- من اشترى دارا وبئرها مشتركة مع يهودى أو نصرانى أو مجذوم فليس بعيب ويؤمر المجذوم بأن يستنيب من يستقى له وفى «الموازية» : سوء الجار فى الدار عيب ترد به، وقال غيره: ليس ذلك بعيب، وقد قال أبو صالح الحراني: سمعت مالكاً يقول: ترد الدار من سوء الجار وكثرة البق فيها عيب، ونزلت بقرطبة فحكم بردها، والعمل بقرطبة على رد السرير المبقق فإذا ألفى المشترى عيباً وأراد الرجوع به عند القاضي فإن البائع يقرر عليه.

فيكتب فى ذلك عقد: قال فلان أنه ألفى فى الدار التى ابتاعها من فلان عيباً لم يعلم به قبل هذا ولا اشترط عليه وهو كذا، ويريد الرجوع به، وقرر البائع على ذلك فقال: إنه لا يعرف العيب بالمبيع ولا علم له به وعلمه لما اشترطه، وتلقى ذلك من جوابه وبقى على مقالته فبينهما الشرع، وأشهد بذلك فى كذا، فإذا ثبت ذلك من قوله نظر إليه أهل البصر.

ويكتب فى ذلك بعد النظر إليه: عقد وقف شهوده من أهل البصر والمعرفة بالرباع وعيوبها إلى الدار المبيعة بكذا ونظروا إليها فراوا بها عيب كذا ظهر لهم أن ذلك عيب فاحش ينقص من الثمن كثيراً، وأنه أقدم من أمد التبايع ومما يخفى عند التقليب، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، فإذا ثبت ذلك حكم برده.

ويكتب فى ذلك: عقد لما قام المشترى فلان على البائع فلان بعيب كذا الثابت فى الدار المبيعة بكذا، ولم يكن للبائع فيه مقال نفذ ذلك الحكم بوجوب الخيار للمشترى فى رد المبيع فصرف المشترى ذلك إلى البائع، وصار إلى ملكه حسبما كان قبل البيع وانفسخ التبايع بينهما، وأحضر له البائع ما كان قد قبضه من الثمن ودفعه له به فقبض منه وأبرأه منه، ولم يبق لواحد منهما قبل الآخر بسبب ذلك كله تبعة وأشهدا بذلك فى كذا.

فصل

فإن كان المبيع حظا فى دار فى الإشاعة.

فيكتب فى ذلك ما نصه: اشترى فلان من فلان الربع الواحد من جميع الدار بكذا فى الإشاعة أو حظه وهو الربع من جميع الدار إن كان ذلك مبلغ حظه أو حظه الصائر له فى والده أو أمه فلانة وبما يقابل ذلك من الحقوق والحرم والمنافع، وتبنى على ما تقدم، فإن كان سائر الدار للمشترى فيكتب وخلص بهذا الشراء للمشترى ملك جميع الدار إذ سائرها له، وتبنى على ما تقدم، ولابد من تسمية الخط فى هذا البيع، وتسمية عمن صار إليه ميراثاً إذا كان معروفاً، وإلا

فسد البيع لأنه يكون مجهولاً، وقال ابن فتحون: إذا أقر المبتاع أنه عرف الخط وإن لم يسم فى العقد فتذكر ذلك عنه فى العقد ويصح البيع، فإن اشترط للمشترى ما فى الدار من معلوم أو مجهول ففى ذلك اختلاف، روى زياد عن مالك أن ذلك جائز ولا ينقض البيع لأنه مما يتوثق به المشترى بعد أن قبض ما اشترى نصفاً أو ربعاً من الدار أو جزأ من الأجزاء، وفى «تفسير ابن مزين»، أن البيع فاسد إذا اشترى الأرض وشرط معلومها ومجهولها بخلاف إذا اشترط معلوم مال العبد ومجهوله لأن مال العبد إنما يشترطه المشترى للعبد، قال ابن رشد: وفى كلام ابن القاسم ما يدل على جواز هذا البيع. وقد اختلف فيما وجده المشترى فى الدار المبيعة من صخر أو عمد أو رخام أو آنية أو فضة أو ذهب أو جوهر أو غير ذلك، فقيل: إن ذلك لا يكون للمبتاع ويكون حكمه حكم الركاز إن علم أنه من دفن الجاهلية، وحكم اللقطة إن علم أنه من دفن الإسلام، قال ابن رشد: ومعنى ذلك إذا لم يدعه البائع أو ادعاه ولم يشبه قوله وتبين كذبه، وأما إن ادعاه وأشبه قوله فإنه يكون له مع يمينه، وإن لم تكن له بينة، وقال محمد بن دينار: إن ذلك يكون للمبتاع وهو قول سحنون فى «نوازله»، وقال ابن حبيب فى «الواضحة»: قال فى الورثة يقتسمون الأرض فيجد أحدهم فى حظّه تبرا أو لبناً أو صخراً أن ذلك له، وكذلك المشتري، قال القاضي: وهذا الاختلاف إنما هو فى المجهول الذى لا يعلم صاحبه، وأما إن ثبت أن ما وجد من ذلك من متاع البائع أو متاع من ورثه عنه فلا اختلاف أنه للبائع، وكذلك ما علم أنه من دفن الجاهلية يكون حكمه حكم الركاز الموجود فى تلك الأرض فلا اختلاف، وفى «مسائل ابن الحاج»: من صاد حوتاً فباعه فوجد المبتاع فى جوفه

لؤلؤة، قال: إن كان مما يصح أنها ملكت مثل أن تكون مثقوبة فهى كاللقطة ويعرفها وليست للبائع ولا للمشتري، وإن لم تكن مثقوبة فهى دليل على أنها لم تملك فكان الشيوخ يختلفون فى ذلك، فمنهم من يراها للبائع، ومنهم من يراها للمبتاع كالدار يشتريها الرجل فيجد فيها كنزاً ففيها اختلاف بين أصحاب مالك، قال: وانظر لو كان هذا الحوت من حيتان النهر وحيث لا يكون اللؤلؤ إلا أن يسقط مثقوباً أو غير مثقوب، فيحتمل أن يكون ذلك سواء كاللقطة، ويحتمل أن يسوقه من البَحر إلى النهر فيفرق بين المثقوب وغيره.

وأما الثور أو البقرة تشترى فيوجد فى بطنه الورس فهو للمبتاع على كل حال لأنه كجزء من لحمه، فإن اشترى منه حظا من الدار إلى جهة بعينها.

فتكتب فى ذلك ما نصه: اشترى فلان من فلان النصف إلى جهة الجوف أو الشرق من الدار بكذا حدودها كذا، وتبنى على ما تقدم ثم تقول: على أن يقيما بينهما حائطاً تكون النفقة فيها بينهما بالسواء أو من قبل فلان فى خاصته تكتب فى ذلك ما يتفقان عليه ولا شفعة فى هذا لأنه ليس فى الإشاعة، وإذا كان إلى ناحية بعينها فهو كالمقسوم، فإن لم تذكر الدخول والخروج من حيث يكون فإنه يبقى على المدخل القديم، فإن اشترط إضافة ذلك لملكه ولا مدخل له على القديم جاز، فإن استحق ملكه القديم، فقيل: ينفسخ البيع وحكى عن الإبيانى أنه قال: هى مصيبة نزلت بالمشترى ولا ينفسخ البيع، ذكر ذلك ابن فتحون، فإن اشترط أن لا يدخل به دار يضيفه إليها ولا كان له حيث يفتح باباً لم يجز البيع وفسخ لأنه من إضاعة المال، قال بعضهم: وإن لم يقل فى هذا المبيع إلى جهة

معينة على اعتدال الذرع الربع أو النصف لم يجز بخلاف المبيع على الإشـــاعة، وقال غيره: هما سواء ولا يفسد إن لم يذكر اعتدال الذرع.

فإن كان المبيع حصتين لرجلين **فيكتب فى ذلك ما نصه:** اشترى فلان مـــن فلان وفلان على نسبة كذا صفقة واحدة جميع الكذا، وتبنى على مـــا تقـــدم، وكذلك إن كان المشتريان اثنين، **فتكتب فى ذلك ما نصه:** اشترى فلان وفلان من فلان بالسواء بينهما صفقة واحدة جميع الكذا. قال ابن فتحون: ولابـــد أن تذكر فى كل ذلك إذا كثر المشترون أو البائعون صفقة واحدة لأنه فى الأول إن كان اشترى من واحد بعدوا حد فى صفقتين فإن الشفعة للآخر ما لم يبعْ نصيبه بعد علمه ببيع صاحبه فتسقط، وفى الثانى إن كان اشترى واحد بعد واحد فإن الشفعة للمبتاع الأول فينبغى أن يذكر فى ذلك كله صفقة واحدة، فإن أغفـــل ذكر ذلك فى العقد حمل على أنه صفقة واحدة لإشهادهم بذلك فى عقد واحد، فإن وقع البيع على أن ضمن أحد البائعين للمبتاع ما يقبضه سائراً شراكه جاز.

ويكتب فى ذلك ما نصه: وضمن فلان للمبتاع فلان ما يخص سائر البائعين من الثمن إن لحقه فى ذلك درك بأي وجه كان ضماناً لازماً لماله وذمتـــه، ولا يجوز أن يتضامنوا فى ذلك إلا إن تساوت حظـــوظهم، وكـــذلك إن تـــضامن المشترون فى الثمن لا يجوز إلا أن يتساووا فيه، وإن كان حظوظهم مختلفة لم يجز إلا أن يكون ذلك طوعاً بعد العقد، وكذلك إن كانت الدار مقسومة فلا يجوز الحمالة إلا أن يكون طوعاً، فإن كان لرجلين داران أو سلعتان لكـــل واحـــد منهما شيئه على حدة فابتاع ذلك منهما واحد لم يجز لأن كـــل واحـــد مـــن المتبايعين لا يدرى بما باع سلعته وربما طرأ استحقاق فلا يدرى بمـــا يرجـــع،

وأجازه أشهب، ويفرق الثمن على القيمة فيعلم ما يجب لكل واحد منهما، وبه قال ابن القاسم أيضاً قال ابن فتحون: وإن وقع التبايع فى صفقتين وأراد جمع ذلك فى كتاب جاز.

ويعقد فى ذلك ما نصه: اشترى فلان من فلان جميع الكذا بثمن كذا، واشترى فلان من فلان فى صفقة أخرى كذا بثمن كذا ثم تقول: وأحضر لكل واحد منهما ماله من الثمن ودفعه له وقبضه وأبرأ منه، وتبنى على ما تقدم، فإن كان المبيع هواء فوق سقف ليقيم عليه بناء فذلك جائز.

ويكتب فى ذلك ما نصه: اشترى فلان من فلان ما فوق سقف البيت القبلى من داره من كذا ليبنى عليه المبتاع غرفة يكون ارتفاع حيطانها كذا وعرضها كذا بالطوب أو بالآجر وسقفها على صفة كذا، ومدخلها من ناحية كذا، ومرحاضها فى جهة كذا، ويجعل البائع فرشها أو المبتاع بعد معرفتهما بقدر ما تبايعاه وتواصفاه اشتراء صحيحاً، وتبنى على ما تقدم، ولا يجوز لهذا المشترى أن يبيع هواء الذى يبنيه إلا برضا الأسفل، فإن وهى الفرش كان على الذى جعله إصلاحه، وإن سكت عنه كان على المبتاع إقامته لأنه أرضه، وقيل: على الأسفل لأنه سقفه، فإن كان المبيع نقضا على شرط القلع.

فتكتب فى ذلك ما نصه: اشترى فلان من فلان جميع أنقاض الدار أو الحانوت بكذا حدوده كذا على شرط القلع ليقلعها المبتاع، وتكون له منقوضة كانت القاعة للجانب أو لفلان اشتراءً صحيحاً بثمن كذا قبضه البائع وأبرأ منه وخلص بذلك للمشترى تملك الأنقاض المذكورة بعد وقوفه على البناء

والأنقاض وإحاطة علمه ومعرفته بقدره وقدر المؤنة فيه، وعلى السنة فى ذلك، ومرجع الدرك، وشهد عليهما بما فيه عنهما فى كذا.

بيان: ولا يجوز بيع هذه الأنقاض على أن تبقى لأنه غرر، فإن وقع فسخ ورد المبيع إلى ربه أو قيمته مقلوعاً يوم التبايع إن فات بالهدم كانت القيمة أقل من الثمن أم لا، وكذلك لا يجوز للمتبايعين أن يعقدا فى الباطن على الإبقاء ويظهرا فى العقد أمراً صحيحاً، ولا يحل ذلك لهما فيما بينهما وبين الله تعالى، قال ابن سهل: وشاهدت الحكم بنقض البيع فى أنقاض الأرض المحبسة إذا كان المعروف من فعلهم إبقاءها، فإن قلعت مضى البيع لأنه إنما يفسخ للتهمة بإضمار الإبقاء، فإذا هدمت ارتفعت الظنة، وقد قيل: إن بيع النقض لا يجوز حتى يكون مقلوعاً من جهة أنه لا يحاط بقدره، فإن اشترى النقض على أن يؤدى خراج القاعة للسلطان فلا يجوز ذلك عند ابن القاسم، وبقول ابن القاسم هنا القضاء، قال بعض المتأخرين: وبذلك كان يفتى ابن عتاب وابن القطان وأصبغ، ويجوز ذلك فى قول أشهب، وكان سحنون يكرهه ثم أجازه، قال: وبذلك كان يفتى ابن رشد، وبه أقول، ويجوز لصاحب العرصة بيع عرصته من غير صاحب النقض، ويعمل معه ما كان يعمل صاحبها، وأما صاحب النقض، فقيل: يجوز له بيعه ممن يشاء ويعطيه صاحب العرصة إن شاء الأقل من قيمته أو الثمن الذى اشتراه به، وقيل: إنه لا يجوز له بيعه من غيره إلا برضاء إلا أن يباع فى دين أو ضرورة لأنه لا يدرى هل اشترى نقضاً أو قيمة.

فصل

فإن كان المبيع رحى أو حماماً أو فرناً أو حانوتاً أو غير ذلك من الرباع فالعقد فيها كما تقدم، وتسمي فى الرحى والحمام والأفران من الحقوق والمنافع والمرافق ما أمكن لكثرتها فيها.

العقار والأرض البيضاء ونحوها وما اتصل بذلك

والبيع فيها جائز كما تقدم.

عقد شراء فدان: اشترى فلان من فلان جميع الموضع السقوي الكائن بقرية كذا حدوده كذا وبحقوقه وحرمه وكافة منافعه وشربه المعلوم له المعد لسقيه من ماء كذا، وما عليه من الثمرات على اختلافها شراءً صحيحاً بثمن كذا قبضه البائع أو مندفع لكذا، وخلص بذلك للمشترى تملك ما اشتراه خلوصاً تاماً، وحل فيه محل ذى المال فى ماله وذى الملك الصحيح فى ملكه على السنة والمرجع بالدرك، وبعد أن رآه وقبله وعلم أن من عيوبه كذا فرضيه والتزمه وتطوع بأداء لازمه المخزني، وهو كذا أو ما بلغ، وعرفا قدره وشهد بذلك عليهما فى كذا.

بيان: قولنا: «وشربه المعد لسقيه»؛ وإن كان الماء قليلاً يؤخذ دلو فى أيام معلومة فلابد من تبين ذلك، وإن كان كثيراً فتكتب فيه كما تقدم، وقولنا: «بما عليه من الثمرات» ليرتفع الإشكال ولو سكت عن ذلك لكانت للمشترى لأن الشجر كلها تبع للأرض، وكذلك إن كان المبيع كرماً أو جنة غلب عليها السواد فالأرض تبع للشمر، فإن كان فى الشجر ثمرة لم تؤبر فهى للمشترين وإن

أبرت فهى للبائع إلا أن يشترطها المبتاع، وكذلك الزرع إن كان فى المبيع لم يؤبر فهو للمبتاع بمقتضى العقد كالثمرة التى لم تؤبر، وإن كان مأبوراً فهو للبائع إلا أن يشترطه المبتاع والإبار فى النخل تذكيره، وفى غيره من الثمر عقده وثبوت ما يثبت منه وسقوط ما يسقط، وفى العنب غربلته وعقده كذلك، وذلك هو اللقاح عند مالك، وليس ذلك أن يورق الشجر عنده، والمعلوم المشهور الذى جرى به الحكم أنه فى الزرع نباته وظهوره على وجه الأرض، وقيل: إنه ما لم يحبب، وأن التحبب هو حقيقة الإبار فيه، حكاه فضل وهو قول ابن الماجشون، وقال المازري: من باع أرضاً وزرعها وهو لم ينبت ففيه قولان:

أحدهما: أنه للمشترى كالثمرة التى لم تؤبر، والثاني: أنه للبائع لأنه من الجنس الذى لا يؤبر ولا يذكر فأشبه ما دفن بالأرض وخالف الثمر، فإن أبر بعض ذلك دون البعض، قال ابن رشد: فالأقل تبع للأكثر شائعاً كان أو غير شائع، فإن لم يكن أحدهما تبعاً لصاحبه وكانا متناصفين أو متقاربين فلا يخلو إما ما أن يكون ما أبر على حدة أو يكون شائعاً فى كل نخلة أو شجرة، فإن كان ما أبر على حدة وما لم يؤبر كذلك فيكون للبائع ما أبر، وللمبتاع ما لم يؤبر، وإن كان ذلك شائعاً فى كل ثمرة ففى ذلك أربعة أقوال:

أحدها: أنه يقال للبائع: إما أن تسلم الحائط بثمرة للمبتاع وإلا فخذ الحائط وينفسخ البيع، وهو فى «الواضحة» و «الموازية» ، قال ابن العطار: أو يرضى المبتاع أن يترك ذلك للبائع فيصح البيع، والثاني: أنه ينفسخ البيع على كل حال، وهو قول ابن القاسم، قال ابن فتحون: وليس عليه عمل، والثالث: أنه يكون كله للمشتري والرابع: أنه يكون كله تبعاً للذى أبر فيكون للبائع. وفى «مسائل

ابن الحاج»: من اشترى ثمرة وفيها باكور قد أبر وثمر العصير لم يؤبر فالذى يظهر لى فى ذلك أن ثمرة الباكور مع العصير كبطن واحد وينظر فى ذلك، فإن كان الباكور الأكثر كان للبائع وإن كان الأقل فهو للمبتاع، وإن كان نصفا فيدخل فيه الاختلاف المذكور قبله، فإن كانت الثمرة قد أبرت أو الزرع واشترط ذلك المشترى فيكتب فى ذلك ما نصه: بحقوقها وحرمها وجميع ثمرها المأبور أو جميع زرعها الظاهر الآن فيها إذا اشترط ذلك المشترى فى هذه الصفقة وغير ذلك من المرافق، وتبنى على ما تقدم، قال ابن فتحون: ولا يجوز اشتراط ذلك إن كان الثمر مأكولاً أو مشروباً على المشهور فى المذهب كانت الثمرة مأبورة أو غير مأبورة إلا على الجذ ما لم يفترقا عند مالك -رحمه الله- ويدخله بيع الطعام بالطعام إلى أجل، وقال محمد بن سلمة: يجوز ما لم يبد صلاح الثمرة، ولا يجوز أيضاً عند مالك أن يشترط المبتاع بعض الثمرة أو الزرع ويبقى سائر ذلك للبائع، وينفسخ إن وقع كما لا يجوز اشتراط بعض مال العبد، وروى سحنون عن أشهب جواز ذلك فى ثمرة النخل ومال العبد، وأما إذا يبس الزرع واستحصد أو طابت الثمرة فيجوز ذلك فيها باتفاق.

وسئل سعيد بن حسان عمن باع فدانين فيهما زرع أو حائطين فيهما ثمرة فاشترط المشترى زرع أحدهما أو ثمرته، فقال: لا يجوز وهو بمنزلة ما لو باع فداناً واحد واستثنى نصف زرعه، ومثله ذكر ابن لبابة ونسباه لابن القاسم، وقال غيرهما: هو جائز لأنهما شيئان اشترط جميع زرع الواحد، وذلك سائغ على مذهب ابن القاسم وأشهب، ألا ترى أنه لو أفرد كل واحد منهما بالبيع لجاز أن يستثنى زرعه.

وسئل ابن رشد فيمن باع غرس شجر واشترط على المشترى أن لا يقبضه إلا بعد عام،

فقال: من باع حائطه ولا ثمرة فيه على أن يقبضه المشترى بعد عام وهو يثمر فيما دون ذلك فيتخرج إجازة ذلك على الاختلاف فى المستثنى هل هو بمنزلة المشترى أو مبقى على ملك البائع: فيجوز البيع على القول بأن المستثنى مبقى على ملك البائع فيجوز البيع على القول بأن المستثنى مبقى، ولا يجوز على القول بأنه بمنزلة المشترى للنهى عن بيع الثمار قبل أن تزهو، قال ابن فتحون: وإذا كان فى الشجر ثمرة لم تؤبر أو فى الأرض زرع لم يظهر فلا يجوز للبائع استثناء ذلك كالجنين فى بطن أمه وهو للمشترى بمقتضى العقد، ولا يجوز أيضاً للمبتاع اشتراطه لئلا تقع له حصة من الثمن، وقد يمكن أن لا ينبت فيكون من الغرر.

ويعقد فى ذلك على ما اختاره ما نصه: وبحقوقه وحرمه وذلك قبل نبات ما بذر فيه من القمح وظهوره فهو تبع للبيع على واجب السنة فيه دون اشتراط من المبتاع له، وتقول فى الثمرة: وذلك قبل إبارها فهى واجبة له بنفس الصفقة دون اشتراط على واجب السنة، وفى «الطرر» لابن عات عند قوله فى الزرع الذى لم ينبت، فإن اشترطه فى صفقة البيع لم يجز، وفى «نوازل سحنون» خلاف فى ذلك لأنه أجاز فيه اشتراطه فى الصفقة، قال: ولم يذكر فيه ابن رشد قولا آخر، وإذا أصابت الثمرة المشترطة جائحة أذهبت بعضها أو جميعها فلا قيام للمشترى على البائع بشيء وكذلك إن اشتراها بعد صفقة البيع فلا قيام له بها، قلت: أو كثرت، وإذا كان فى الأرض قليب فهو للمبتاع وإن لم يشترطه، ولا كلام للبائع فيه، قاله حمديس وغيره، وبه القضاء، وقولنا: ويلازمه المخزنى لم

يجز ابن القاسم بيع الأرض بما عليه من المغرم فى نفس الصفقة وأجازه أشهب، وكان سحنون يكرهه ثم رآه خفيفاً، ومضى العمل على قول ابن القاسم وتحيل الفقهاء فى كتب ذلك على الطوع بعد عقد الصفقة فى كتاب آخر تمسكا بقول ابن القاسم، وهو من الكذب إذ الضمائر منعقدة عليه، فالأحسن الأخذ بقول أشهب وهو كالعيب عند الجميع، قال: تبرأ به البائع عند البيع لزم المشترى بلا خلاف، وإن لم يتبرأ به فإن للمشترى أن يرد البيع أو يلتزمه، وفى كتاب «الاستغناء» قال المشاور: البيع على الوظيفة جائز، وليس بعيب يرجع به علم أو لم يعلم لأن الأصل الحرية والمغارم ظلم أوقعها العمال. وسئل ابن زرب فيمن باع حقلا من أرضه الموظفة على أنه حر ورد وظيفه على أرضه التى بقيت بيده، فقال: لا يجوز هذا إلا أن يلتزم المبتاع من الوظيف بقدر الحقل الذى اشترى، ونزلت عندنا بقرطبة فأفتيت فيها بفسخ البيع لأن ذلك عيب فى نفس الأرض، ولو جاز ذلك لوجب أن توقف أرضه و لم تورث فتكون موقوفة للوظيف عليها و لم تورث.

وقال أحمد بن عبد الملك بخلاف ذلك، وأن البيع جائز على الحرية من التوظيف ويرد ما عليه فإن اشترط من الوظيف أكثر مما ينوبه من ذلك، فقال ابن رشد فيمن باع وظيفاً من أملاكه واشترط من الوظيف على المبتاع أكثر مما ينوب المبيع إذا كان ينوب القربة المبيع نصفها أربع دنانير فتبرأ البائع من ذلك إلى المبتاع بعشرين درهما، و لم يشترط عليه أن يحمل عنه من لوازم القربة ما ينوب الأربعة الدراهم الزائدة على نصف الأربعة الدنانير، فالبيع جائز ولا يلزم المبتاع إلا نصف ما يلزم القربة، وإن اشترط عليه أن يحمل ما ينوب الأربعة

الدراهم من لوازم القربة فالبيع فاسد إن وقع البيع على ذلك بشرطه، وإن كان ذلك تطوعاً بعد العقد صح البيع ولزم المبتاع ما طاع به إلى الأمد الذى زعم أنه نواه مع يمينه، وإن مات سقط عنه ما طاع به من ذلك بعد موته، فإن ادعى المبتاع أنه كان على الشرط والبائع أنه كان على الطوع فالقول قول مدعى الشرط، وإن كان يدعى الفساد لشهادة العرف له ويفسخ البيع، وقال ابن زرب: الذى به الفتيا وعليه القضاء ببلدنا فى الذى يبيع ماله ويتبرأ إلى المبتاع بالعشر على المبيع أنه إن كان فى أوان الزريعة فالعشر على المشترين، وإن كان قد مضى أوان الزريعة فالعشر على البائع إلا أن يشترطه على المشترى، وإن اشتراه بزرعه واشترطه فالعشر عليه لأنه هو الذى حكم، وإن اشتراه فى أوان الزريعة وقد زرع البائع ولم يشترطه المبتاع فالعشر على البائع، وإن اشتراه وقد فات أوان الزريعة وقد زرع فى الأرض ولم يشترطه البائع على المشترى فالعشر على البائع، وإن اشترى فى أوان الزريعة ولم يزرع حتى مضى وقت الزراعة فالعشر على المشترى لأنه ضيع الزراعة، ولابد من تعيين التاريخ، فإذا شهدت بينه بالبيع فى يوم معلوم وشهدت بينة أخرى أنه باع من آخر فى ذلك الشهر فصاحب اليوم بعينه أحق، وفى كتاب «الاستغناء»: إذا شهد الشهود بالبيع ولم يسموا الثمن وأحد المتبايعين منكر لم تجز الشهادة حتى يشهدوا بالبيع والثمن جميعاً، وقد قيل: إنه إن كان البيع على النقد كانت للمبتاع بالقيمة والأول أحسن، فإن باع على التكسير.

فيكتب فى ذلك عقد: اشترى فلان من فلان جميع الموضع بكذا حدوده كذا اشتراءً صحيحاً على التكسير بحساب كذا وكذا لكل مرجع، وأحضر المبتاع

من واجب ذلك كذا وكذا ديناراً، ودفعه إلى البائع عن طوع منه فقبضها منه وصارت بيده وأبرأ منها وليدفع سائر الثمن حالاً وخلص بذلك للمبتاع تملك المبيع، وتبنى على ما تقدم، ولا يصح دفع الثمن فى هذا إلا بعد التكسير، فإن دفعه فإنما يكون بطوع على ما تقدم، فإذا كسر المبيع.

فيكتب فى ذلك ما نصه: وأشهد المتبايعان بأنهما كسرا المبيع فبلغ تكسيره بتكسير من رضيا دينه وأمانته وبصره كذا يجب له من الثمن كذا قبضه البائع، وأبرأ منه ولم يبق بينهما بسبب المبيع وثمنه تبعة، وأجرة الكيال فى ذلك على البائع على المشهور، قال ابن رشد: وهو الصحيح أن على البائع أن يكيل، وأجرة الكيال وكذلك كل ما يكال أو يوزن، وفى جامع البيوع من «العتبية»: أن مالكاً كان يقول قديماً: أجرة ذلك على المشترين، فإن كان مع الموضع المبيع على التكسير دار أو كرم أو شجر لم يجز البيع، وفسخ عند جمهور أهل العلم، وبذلك جرى العمل لأنه من المكيل والجزاف، ومنهم من يقول: يجوز ذلك لأنه إنما أريد بذلك ما يكال أو يوزن، وقال ابن فتحون: ويخرج من هذا الاختلاف بأحد وجهين إما أن يباع ذلك فى صفقتين فيكون الموضع فى صفقة والدار والشجر فى صفقة.

فيكتب فى ذلك ما نصه: اشترى فلان من فلان جميع الموضع بكذا على التكسير والدار والشجر بكذا بثمن مبلغه فى ذلك كله كذا للموضع منه فى صفقة كذا، وسائر ذلك للدار والشجر فى صفقة أخرى قبض ذلك البائع وأبرأ منه، وتبنى على ما تقدم، وإما أن يباع المبيع على الجزاف، ويكتب قبل تاريخ الإشهاد أنه بعد تمام البيع على الجزاف رغب إليه فى التكسير، وقال ابن دحون:

إذا باعه من الأرض كيلاً معروفاً وثمرة معلومة أو ثياباً معدودة جاز و لم يدخل ما ذكر، قال ابن العطار: وأنا أقول أنه إذا باع أرضاً على التكسير أنه لا يجوز حتى يعرف طيب الأرض من متوسطها من رديئها كالذى يشترى صبرة شعير وصبرة قمح كل قفيز بدرهم ولا يعرف كيل كل صبرة أنه لا تحل، وذلك كبيع الأرض المختلفة الإناط على التكسير فإن كان المبيع إملاكا على الجزاف، فيكتب فى ذلك عقد: اشترى فلان من فلان جميع ما يعرف له وينسب إليه وحوته أملاكه وضمته فوائده بقرية كذا من عمل كذا من الأرضين سقيها وبعلها سهلها وجبالها عامرها وغامرها من دار وجنة وأندر وكرم وثمرات على اختلافها مثمرها وغير مثمرها وشروب مياهها وما انضاف إليها من المسارح والولائج والخرب والقاعات وغير ذلك مما يقع عليه اسم مال وله خطر وبال فى الإشاعة وغيرها، وبحقوق ذلك كله وحرمه ومنافعه ومرافقه الداخلة عنه لم يستثن البائع فى شيء مما يعلم له بهذه القرية المذكورة حقا ولا ملكاً ولا مرتفقاً قليلاً ولا كثيراً إلا وخرج عنه للمبتاع المذكور بعد معرفتهما بقدره ومبلغه اشتراء صحيحاً جائزاً بثمن مبلغه كذا، وتبنى على ما تقدم، ويكون العقد نسختين، قال ابن الهندي: لأنه قد يغيب العقد ويدعى المبتاع أنه ابتاعه على التكسير فيجب اليمين على البائع وله رد اليمين، فإن لم يجد المبتاع بعض ما وصفه فى الوثيقة مثل أن يذكر أندراً و لم يجده ونحو ذلك ففى ذلك قولان:

أحدهما: أنه يرجع على البائع بما لم يجده، والثاني: أنه لا يرجع لأن ذلك يجرى فى الكتب، وإنما له ما يعلم للبائع، قال ابن عتاب: وشاهدت محمد بن الفخار استفتى فى رجل باع ملكاً على الجزاف وفيه شجر زيتون قد طاب ثمرها

ولم يشترط المبتاع الثمرة إلا أن فى الوثيقة جميع ما حوته أملاكه من الأرض والشجر على نحو ما يجرى فى العقود ولم يذكر الثمرة فأراد المبتاع أخذها، فأفتى ابن الفخار بأن ذلك له، واحتج على ذلك بأن الشجر نفسه لو لم يذكر فى الابتياع لدخل فيه وكان تبعاً للأرض، فإذا دخلت الأصول فالثمرة المتولدة فيها التى هى فرع عنها أحق بالدخول، قال: ونزلت فأفتيت فيها بذلك ولم أزل أطلبها فى الروايات إلى أن ظفرت بها لمحمد بن عبد الحكم فى «كتاب الشروط» من تأليفه، قال محمد بن عبد الحكم: من الناس من يقول من اشترى داراً بما فيها وفيها نخل فالثمرة للمشترى طابت أو لم تطبن وأما نحن فنجعل ذلك للبائع إلا أن يشترطه المبتاع اتباعاً للسنة فيه والآثار، قال ابن عتاب: والذى أقول به ما شاهدت به الفتيا وبه نفذ الحكم، انظر ذلك فى «الأول» لابن سهل، فإن طلب المبتاع أن يحد له بعض الأملاك.

فيكتب فى ذلك ما نصه: بعد قولك مما يقع عليه اسم مال مما عين من ذلك سوى ما استغنى عن تعيينه لإحاطة علم المبتاع بالقليل والكثير فيه -تبيع الموضع بكذا حدوده كذا، والدار بكذا حدودها كذا والكرم بكذا حدوده كذا ثم تقول: وبحقوق ما عين من ذلك وما لم يعين ويقول قبل تاريخ الإشهاد: وكان هذا التبايع قد انعقد بينهما على الجزاف ثم بعد ذلك رغب المبتاع من البائع أن يحد له ما ذكر فأجابه إلى ما ذكر إسعافاً لرغبته شهد.

فإن نزل المبتاع فى المبيع على الجزاف **فيكتب فى ذلك ما نصه:** ونزل المبتاع فى هذا المبيع ما حد منه وما لم يحد بعد أن وقف عليه موضعاً موضعاً ومكاناً مكاناً وأراه علامة واحاط علماً، به وأبرأ البائع من درك الإنزال والتحديد، فإن

زعم المبتاع عند الإنزال أنه أراه أكثر مما يترله فيه وأنكر البائع ذلك تحالفا وتفاسخا وبالبائع المبدأ باليمين، فإن رضى المبتاع بما يحلف عليه البائع نزل فيه وإلا حلف وانفسخ البيع، وإن اختلف عند التحديد وزعم المبتاع أنه أراه عند البيع أكثر مما حد له حلف البائع وله رد اليمين فيحلف المبتاع وينفذ البيع بينهما فيما يحلف عليه إلا أن يكون للغير، فإن كان كثيراً انفسخ البيع، وإن كان قليلاً رجع بما ينوبه من الثمن ومضى العمل بإلزام البائع الإنزال إذا طلب ذلك المبتاع، وكذلك التحديد، فإن طلب ذلك المبتاع على قرب من التبايع فله ذلك إذا كان ما بينه وبين تمام العام، فإذا انقضى العام لم يكن للمبتاع قيام، وسقط عن البائع الطلب بذلك وكذلك إن أقر المبتاع بالملك للبائع فلا يلزمه التحديد ولا يلزمه إنزال قرب أو بعد، وكذلك ينبغى أن تعقد فى هذه الوثيقة أنه عرف جميع ما ابتاعه وحدوده ونزل فيه وأبرأ البائع من درك الإنزال والتحديد، وكذلك إن طلب التدريع فيكتب على النحو المتقدم فى التحديد برغبة المبتاع بعد انعقاد التبايع.

وإن استثنى البائع استغلال المبيع **فيكتب فى ذلك ما نصه:** واستثنى البائع استغلال المبيع من الآن إلى انقضاء كذا أو سكنى الدار مدة كذا، ويجوز ذلك فى الأرض إلى العشرة أعوام فما دونها، وأما الدار فلا يجوز ذلك فيها إلا إلى عام فما دونه لأنها تتغير.

فإن سلم زوج البائعة فى المبيع إن كانت امرأة، **فيكتب فى ذلك ما نصه:** وحضر زوج البائعة فلان، وعلم بهذا البيع فسلم فيه، وجوز البيع وأمضاه بعد معرفته بقدره، وأشهد بذلك ولابد من ذكر التجويز فى تسليم الزوج لأنه إذا

كان فيه تصرف المرأة فى أكثر من ثلثها فهو غير جائز مفسوخ، وقيل: إنه ماض وإن زاد على الثلث حتى يراه الزوج. وإن كان المبيع كرماً أو جناناً فتكتب فى ذلك عقد: اشترى فلان من فلان جميع الكرم بكذا حدوده كذا أو جميع الجنة بكذا حدودها كذا وبحقوق ذلك وكافة منافعه ومرافقه الداخلة فيه والخارجة عنه وثمراته وأنواع غراساته وبنائه وغير ذلك من منافعه اشتراءً صحيحاً، وتبقى على ما تقدم، وتذكر من العيوب ما فيه من اختلاف الرهوط وقدم الغراسة ورداءة الأرض وغير ذلك، وفى «مسائل ابن رشد» أن الكرم إذا ظهر أنه شارف قد خلف لم يرد به لأنه من العيوب الظاهرة،ولا يجوز أن يستثنى الثمرة لنفسه قبل الإبار وهى للمبتاع بمقتضى العقد، فإن وقع ذلك فسخ البيع ورد الأصل إلى البائع ما لم يفت، وقد تقدم ما لابن رشد فى ذلك، فإن كانت الثمرة قد أبرت ولم يشترطها المشترى ثم ذهب إلى شرائها وهى لم يبد صلاحها فهل يجوز له ذلك أم لا فى ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك لا يجوز، وهى رواية أشهب عن مالك.

والثانى: أنه جائز إذا كان ذلك بقرب البيع، وهى رواية أصبغ عن ابن القاسم.

والثالث: أن ذلك جائز قرب أو بعد، وهى رواية عيسى عن ابن القاسم، وبها القضاء، وحد القرب على القول به عشرون يوماً ونحوها. قال ابن رشد: وحكم شراء الزرع بعد الأرض حكم الثمرة يدخل فيها الثلاثة الأقوال وإن أصابت ذلك جائحة فلا رجوع للمشترى على البائع، وإن أذهبت الجميع كما

تقدم فى الثمرة المشترطة، قال بعضهم: والعلة فى ذلك انقطاع السقى عن البائع كالثمرة إذا بيعت وحدها، وقد استغنت عن السقى فلا جائحة فيه، **ويكتب فى ذلك**: على القول بالجواز وهو المعمول به عقدٌ اشترى فلان من فلان جميع ثمرة الجنة أو عصير الكرم بكذا الذى ابتاع أصله منه منذ كذا والثمرة فيه منعقدة ولم يشترطها المشترى، ويحتوي على كذا بما وجب له من ذلك إذ هي الآن لم يبد صلاحها اشتراءً صحيحاً بثمن كذا وتبنى على ما تقدم، وقال بعضهم: ولا يحتاج أن يقال فى هذا عرف قدره إذ هى تبع للأصول، وتأول بعض الشيوخ أن ذلك لا يجوز إلا بصفة معلومة بخلاف مال العبد، قال أبو عمران الفاسي: ذلك جائز دون صفة وتأوله على «المدونة».

فصل

فإذا كان المبيع شرب عين أو حظا من ماء **فيكتب فى ذلك**: عقد اشترى فلان من فلان شرب العين أو الماء أو البئر بكذا أو نصف شرب جميع أرضه أو ربعه أو شرب كل يوم جمعه من عين كذا أو شرب ساعتين أو ثلاثة من ماء كذا ما تعاقب الليل والنهار تصف من ذلك ما يجب، وتبين الوقت ثم تقول: اشتراءً صحيحاً عرفا قدره بثمن كذا، وتبنى على ما تقدم، قال ابن فتحون: وإذا كان الماء قليلاً فتقول فى النص بعد الوقوف على قلة الماء وكثرته والاختيار له فى كل وقت وزمان، وأحاط علم المشترى به، وإن كان يقل ويكثر ولا يوقف على الحقيقة لم يجز بيعه لأنه مجهول ولا شفعة فى هذا الشرب المبيع دون أرض، وإن كانت العين بينهم مشتركة إلا أن تباع مع الأرض فتكون فيها الشفعة مع

الأرض، وأما إذا بيع الماء وحده دون أرض فلا شفعة فيه إلا أن تكون الأرض التى تسقى منها مشتركة بينهم فتكون الشفعة فى الأرض والماء، ولا يجوز بيع ماء أنهار العامة إلا أن يصرف منها شيء ويملك بالإسداد فيجوز بيعه.

وسئل ابن رشد: فيمن كان له حقل أرض له شرب ماء يستغنى عن زراعته أو بناه داراً أو باعه دون شرب وأراد أن يأخذ الشرب يسقى به أرضا له أخرى أو يبيعه أو هبة أو يصنع به ما شاء، فقال: ذلك له إذا كان له فى أخذه منفعة، وأما إذا أراد أن يأخذه ويحفر له بركا يحبسه فيها ولا يتركه لمن ينتفع به فليس له ذلك والساقية التى يمر عليها الماء إذا علم أن أصلها لصاحب الماء فهى له وجميع ما ينبت فيها وإن لم يكن فيها إلا المرور فبخلاف ذلك، وسئل فى ذلك ابن رشد، فقال: إذا كانت رحى لرجل وساقيتها تمر فى أرض رجل آخر، فإن لم تكن رقبة الساقية لرب الرحى وإنما له مرور الماء إلى رحاه خاصة فلا حق له فيما نبت فى حاشيتها من الشجر من الغثم وغيره، وذلك لصاحب الأرض، وإن كان له أصل رقبة الساقية وهو موضعها من الأرض فله جميع ما ينبت فى قعرها وجوانبها من الشجر إن شاء قطعه، وإن شاء تركه، وإن تداعيا فى ذلك ولم يكن لواحد منهما بينة على دعواه فالقول قول صاحب الرحى مع يمينه أن رقبة الساقية له ماله وملكه،وليس لصاحب الساقية أن يضع طينها إذا نقاها إلا على حاشيتها بحيث لا يضر رب الأرض على العرف والعادة إذ لكل ملك حريم وهو القدر الذى يحتاج إليه ولا يستغنى عنه، ولصاحب الأرض أن يحدث إلى حاشية الساقية بحسب العادة وحيث لا ضرر، فإن كان المبيع طريقاً بأرضها فى ملك.

فيكتب فى ذلك: عقد اشترى فلان من فلان طريقاً بأرضها إلى داره أو جنته فى الفدان الذى لفلان بموضع كذا متوسطةً آخذا من القبلة إلى الجنوب أو من الشرق إلى الغرب على استقامة، وسعته كذا تصف ذلك ثم تقول: وتكون له قاعته وأرضه مالا وملكاً، وإن كان له المرور دون الرقبة، فتقول: اشترى منه طريقاً بكذا تصفه كما تقدم، ثم تقول: ويكون له المرور فيه خاصة، ولا يكون له شيء من رقبته اشتراءً صحيحاً، وتبنى على ما تقدم، فإن أراد صاحب الأرض أن يحول الطريق إلى موضع آخر من تلك الأرض ويغرس ذلك الطريق فليس له ذلك إلا أن يأذن له صاحب الطريق وإن لم يكن له فيها إلا المرور خاصة كان عليه فى ذلك ضرراً أو لم يكن، قاله ابن عبد الحكم، إلا أن يكون بين الممرين نحو الذراع مما لا مضرة فيه على المار إلى ماله فلا يمنع صاحب الأرض من ذلك، وأما إن كانت الرقبة للمار فلا سبيل إلى ذلك، وكذلك لو أراد صاحب الأرض أن يغرس أرضه ويحجر عليها ويجعل لصاحب الممر باباً يدخل عليه إلى ماله فليس له ذلك إلا أن يأذن صاحب الممر وانظر ذلك فى «الكافي».

المعاوضة، والتصيير، والتولية، وبيع المريض والتوليج، وبيع الغائب على صفة وغيرها، وبيع الخيار والثنيا، والإقالة

المعاوضة: جائزة وهي من البيوع ويكتب في ذلك عقد: تعاوض فلان وفلان بأن خرج فلان لفلان عن الدار أو الموضع الكذا حدوده كذا، وخرج له الآخر عن الموضع الكذا حدوده كذا، وبحقوق كل من الموضعين، وما خرج عنه كل واحد منهما للآخر وكافة منافعه تعاوضاً صحيحاً خلص بذلك لكل واحد منهما تملك ما صار إليه عوضاً عما خرج عنه وحل فيه محل ذى المال فى ماله على السنة والمرجع بالدرك، وبعد أن رأى كل واحد منهما ما صار إليه وقبله فرضيه والتزم به، وزاد فلان لفلان لفضل ما صار له عوضاً عما خرج عنه كذا وكذا ديناراً قبضها فلان وأبرأ منها، ونزل كل واحد منهما فيما صار له عارفين قدره وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: إن كان فى كل واحد من العوضين ثمرة أو زرع، فإما أن يكون كل واحد مأبوراً أو غير مأبور، فإن كان غير مأبور فلا تجوز المعاوضة على كل حال، وإن كان مأبوراً فلا تجوز المعاوضة أيضاً إلا على أن يبقى ما لكل واحد منهما من ذلك لصاحبه أو يشترط أحدهما ما للآخر ويستبقى متاعه، ولا يجوز أن يشترط كل واحد منهما من ذلك ما للآخر، فإن كان ما فى أحدهما قد أبر وما فى الآخر لم يؤبر فيجوز على أن تكون الثمرة المأبورة تبقى للذى صارت له الثمرة التى لم تؤبر ولا يجوز أن يشترطها الآخر، وإن كانت الثمرة أو الزرع فى أحد الموضعين دون الآخر فالحكم فيهما كما تقدم فى البيوع إن كانت لم تؤبر

فهى للذى صار له الأصل، وإن أبرت فهى لصاحب الأصل إلا أن يشترطها الآخر فتكون له، وإذا استحق أحد العوضين أو رد بعيب انفسخت المعاوضة ورجع كل من العوضين لصاحبه إلا أن يفوت فيرجع بالقيمة، وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا بنى أحد المتعارضين فى الأرض التى قبضها ثم طرأ استحقاق فى جملتها، فقال: إن الموضع الذى بنى فيه من الأرض قد فات بذاته قليلاً كان أو كثيراً، فإن كان قليلاً عرف مقداره من الأرض، فإن كان أقل من الثلث أخذ سائر الأرض وغرم له قابض الأرض قيمة الأرض المبنى فيها يوم المعاوضة، وإن كانت قيمة الثلث فأكثر فهو فوت فى الأرض كلها وعلى قابضها قيمتها يوم المعاوضة.

التولية: فإن ولى شخص لآخر على ما ابتاعه فيكتب فى ذلك عقد: ولى فلان لفلان جميع الدار أو الموضع الذى ابتاعه بكذا وحدوده كذا وبحقوقه ومنافعه تولية صحيحة عرفا قدرها بالثمن الذى ابتاعه به وهو كذا، وأحضر له الثمن بعد علم المولى له أن به وقع التبايع، ودفعه له فقبضه منه وأبرأ منه، وحل المولى له فى هذا المبيع محل المولى، ومحل ذى الملك الصحيح فى ملكه على السنة والمرجع بالدرك وبعد أن علم بعيوب ذلك فرضيه والتزمه، وشهد عليهما بذلك فى كذا، والتولية إما أن تكون بحضرة البيع أم لا، فإن كانت بحضرة البيع وعقد المواجبة به فالعهدة على البائع الأول دون اشتراط، وإن كانت بعد انعقاد البيع وفى المجلس قبل الافتراق فالعهدة على المولى إلا أن يشترطها على البائع فيجوز ذلك إن كانت بعد افتراقهما على قرب فالعهدة على المولى، وهل يجوز اشتراطهما على البائع أم لا؟ فى ذلك قولان :

أحدهما: أن ذلك لا يجوز إلا أن يرضى البائع فتكون حمالة. والآخر: أن ذلك يجوز، والقرب فى ذلك المسير إلى السوق ونحوه، وأما ما بعد من ذلك فلا يجوز اشتراط العهدة فيه على البائع وهو كبيع مستأنف، وفى كفالة «العتبية»: يجوز اشتراط العهدة على الأجنبى فى العقد، ولا يجوز ذلك بعد العقد لأنه ذمة بذمة والشركة حكمها حكم التولية فى ذلك سواء.

فصل

والتصيير هو إعطاء الملك فى دين يكون للمصير له على المصير، **ويكتب فى ذلك عقد:** صير فلان لفلان فى كذا وكذا وجبت له عليه من وجه كذا جميع الدار بكذا أو الموضع بكذا حدوده كذا بحقوق ذلك وكافة حرمه تصييراً صحيحاً ناجزاً عارفاً قدره، وصارت به الدار ماله وملكه، وحل فيها محل ذى المال فى ماله على السنة والمرجع بالدرك، ونزل فيها حين التصيير وأبرأه من درك الإنزال وسقط به عن المصير العدد المذكور أتم سقوط وهو عارف بذلك وبصير، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

والتصيير بيع من البيوع إلا أن من شرطه إنجاز القبض للمصير حين الصفقة فإن تأخر عنها فسد لأنه يدخله بيع الدين بالدين فلا يجوز أن يصير له ملكاً فى اعتماد الغير ولا جارية تتواضع للاستبراء ولا ثمرة يتأخر جذاذها ولا داراً غائبة على وصف يتأخر، وأما إن كانت قد نظر إليها أو وصفت له فالتصيير فيها جائز بلا اختلاف، وذكر ابن فتحون فى «وثائقه»: أنه يجوز للمرأة إذا كان لزوجها عليها دين أن تصير له فيه داراً هى ساكنة فيها معه لأن الإسكان لازم

له دونها فقبضه الدار قبض صحيح بخلاف إذا كانت له وصيرها لها فى كالئها أو فى دين لها عليه فلا يصح قبضها، وتذكر فى ذلك معاينة التخلى منها والقبض لأنها فارغة من متاع المصير، وقال مطرف عن مالك: لا بأس بالتصيير فى الدار الغائبة على وصف متأخر وإن كانت بينه وبينها الأيام إذا خرج إلى قبضها، وفى «الاستغناء» قال المشاور: لا يجوز القبض فى جميع التصيير إلا بحضرته حاضراً كان أو غائباً، وإلا لم يجز عند ابن القاسم، فإن وقع بغير حضرته ولا بنظر منه عن قرب فسخ عنده، وإن أقرّ بالنزول والقبض، قال: وبذلك العمل، وأجاز ذلك أشهب إذا شهد بالنزول والقبض حاضراً كان أو غائباً، فإن صير له فى الدين سكنى دار معينة أو ثمرة معينة يجنيها فأجاز ذلك أشهب ومنعه ابن القاسم، قال ابن رشد: واختلف قول مالك فيمن كان له على رجل دين فأراد أن يعطيه فيه دابة يركبها أو غلاماً يخدمه أو داراً يسكنها فعنه فى ذلك قولان، وبالمنع فى ذلك قال ابن القاسم، وأجاز ذلك أشهب لأن قبض الشيء عنده قبض لجميع المنفعة، واختار ذلك ابن المواز أيضاً، والقول بالمنع هو المشهور فى المذهب، وكذلك إن كان التصيير فى دين وزيادة زادها فلابد من التناجز.

ويكتب فى ذلك ما نصه: اشترى فلان من فلان جميع الدار بكذا حدودها كذا بثمن كذا قاصه المبتاع منها بكذا كانت له عليه من وجه كذا مقصاة صحيحة سقطت بها العدة المسماة عنه من الثمن، وبرئت بها ذمة البائع من الدين المذكور وأحضر له باقى الثمن ودفعه له فقبضه منه، ولم يبق قبله بذلك من جميع الثمن حق، وخلص للمشترى تملك مشتراه المذكور، وقبضه ناجزا

ونزل فيه، وعلى السنة فى ذلك والمرجع بالدرك، وهو عارف به وبصير، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: ولا يجوز التصيير لمن لا يصح قبضه من يتيم مهمل أو غيره إلا أن يكون له وصى يقبض له ناجزاً وإلا كان ديناً بدين، فإن كان أراد أب أو وصى أن يصيرا لمحجورهما ملكاً فى دين مجهول على جهة التمخى مما استهلك له أو تصرف فيه وأراد التحلل من ذلك فذلك جائز.

ويكتب فى ذلك: عقد أشهد فلان على نفسه أنه كان قد استهلك من مال محجوره فلان وباع له أسباباً وطعاماً وغير ذلك، وتصرف فى أثمان ذلك واستنفقها لنفسه، وأنه لا يعين الآن مقدارها، وأراد التحلل من ذلك فصير له فى ذلك جميع الكذا على جهة التمخى من ذلك تصييراً صحيحاً ناجزاً صار به ذلك ماله ومتاعه، ولم يبق معه فى شيء من ذلك لأحد حق. وأنفذ ذلك عارفاً قدره وشهد عليه بذلك فى كذا.

بيان: قال ابن فتحون: وإن لم يكن لليتيم أب ولا وصى فلا يصح التصيير له لأن القبض يتعذر فيدخله الدين بالدين، قال ابن رشد: واتفق ابن القاسم وسحنون على أنه لا شفعة فى هذا التمخي،واختلف فى التعليل فرآه ابن القاسم بيعاً جهل فيه الثمن فلا شفعة فيه ولا يفتقر إلى حيازة، ورآه سحنون صدقة فلا شفعة فيه وهو عنده يفتقر إلى الحيازة، قال: وقول سحنون أظهر عندي.

فإن صير الأب لابنه الذى فى حجره فى مال أقر به حين التصيير، وكان أصله معروفاً.

فيكتب فى ذلك عقد: صير فلان لابنه الصغير فى حجره أو لابنته البكر فى حجره فلانة جميع الموضع بكذا حدوده كذا فى كذا وكذا ديناراً وجبت قبله من ميراث أو غير ذلك مما يذكره، وتبنى على ما تقدم ثم تقول قبل الإشهاد ممن يعرف أصل المال المذكور: وأن الابن المذكور صار له من ميراثه فى أمه أو من فائد كذا ما يفى بالعدد المذكور وفى كذا.

بيان: إذا صير الرجل لمحجوره ملكاً فى مال ترتيب عليه بشهادة متقدمة أو متأخرة أو أقر به حين التصيير وكان يعرف أصله كما ذكر فى الوثيقة، فذلك سائغ جائز بلا اختلاف كان المصير صحيحاً أو مريضاً، وذلك نافذ للمحجور على كل حال، وإن لم يعرف أصله فعلى حكم الإقرار للوارث، قال بعض المتأخرين: والإقرار للوارث إما أن يكون فى الصحة أو فى المرض فإن كان ذلك فى الصحة، ففى ذلك قولان:

أحدهما: أنه نافذ يأخذه من تركته فى الموت ويحاص به الغرماء فى التفليس، وهو قول ابن القاسم فى «المدونة» و «العتبية».

والثاني: أنه لا يحاص به الغرماء فى الفلس، ولا يأخذه من التركة فى الموت وهو قول المدنيين للتهمة عندهم، قال ابن رشد: ولا يحاص به الغرماء على قول ابن القاسم إلا مع الديون التى استدانها بعد الإقرار، وأما القديمة قبل الإقرار فلا، فإن ثبت ميله إليه فيلزم المقر له اليمين على صحة ترتب ذلك قبله واختار ابن رشد إبطال الدين مراعاة لقول المدنيين، وإن كان الإقرار فى المرض، فإن كان له ولد جاز إقراره لغير الولد لأنه لا يتهم فى ذلك، فإن لم يكن له ولد فلا يجوز

إقراره بحال، وكذلك إن كان له أولاد فأقر للذين ينحرف عنهم دون من يميل إليه منهم جاز إقراره بخلاف العكس، والصديق الملاطف كالوارث كان هو المقر أو المقر له، ويجرى القول فى ذلك على ما ذكره القاضى أبو الوليد بن رشد فى بيانه أن الإقرار فى المرض إما أن يكون بين الزوجين أو غير الزوجين، فأما الزوجان فإن الرجل إذا أقر لامرأته لا يخلو من ثلاثة أحوال أن يعلم منه إليها ميل أو يعلم بينهما شنآن أو يجهل الحال، فإن علم الميل فلا يجوز إقراره إلا أن يجيزه الورثة، وإن علم الشنآن فإقراره لها جائز، وإن جهل الحال فإن ورث بكلالة فلا يجوز إقراره، وإن ورث بولد فإن كان واحدا ذكرا فإقراره جائز صغيراً كان أو كبيراً منها أو من غيرها، وإن كانوا أكثر من واحد وفيهم ذكر فإقراره أيضاً جائز إلا أن يكون بعضهم صغيراً وبعضهم كبيراً، منها أو من غيرها، فإقراره باطل، وإن كان الولد إناثاً يرثنه مع العصبة فسواء كن صغاراً أو كباراً استخرج ذلك على قولين، فإن كان الولد عاقاً أو بعضهم عاقاً وبعضهم باراً ففى بطلان الإقرار قولان، وإقرار المرأة للرجل أيضاً كما تقدم الحكم فيها واحد فى جميع ما ذكر.

وأما إقرار غير الزوجين فإما أن يكون لوارث أو لقريب غير وارث أو صديق ملاطف أو أجنبي فإن كان لوارث فإن كان المقر له بمنزلة من لم يقر له فى القرب أو أقرب منه فلا اختلاف فى أن هذا لا يجوز إذا لم يكن له وجه أو سبب يدل على صدقه، وإن لم يكن قاطعاً إلا أن يكون المقر له عاقاً ففى جوازه قولان، وإن كان المقر له أبعد من الذى لم يقر له فالإقرار جائز بلا اختلاف،واختلف إن كان من لم يقر له بعضهم أقرب إليه وبعضهم بمنزلته أو

بعضهم أقرب إليه، وبعضهم أبعد منه على قولين، وأما إذا أقر لقرب غير وارث أو صديق ملاطف فالمشهور من المذهب أن إقراره جائز إن كان يورث بولد، ولا يجوز أن يورث بكلالة أو بولد، والقولان فى «المدونة» ، وقد قيل: إن كان يورث بولد جاز إقراره من رأس المال، وإن كان بكلالة جاز من الثلث.

وأما إن كان الإقرار لأجنبى فلا اختلاف فى أن إقراره جائز، فإن طلب و لم يوجد تصدق به عنه كاللقطة بعد التعريف، قال: وكذلك إن أقر بقبض حق الحكم فى ذلك حكم الإقرار بالدين فى جميع ما تقدم.

وسئل ابن رشد فى رجل أقر لامرأته بدين وهى حامل، فقال: إذا عرف منه إليها ميل وانقطاع فلا يجوز إقراره لها فى مرضه الذى توفى منه إلا أن يورث بولد، فإن صير لابنه الصغير فى حق ثابت أو باع منه بثمن قبضه وكانت محاباة أو غبنا بطل باتفاق.

وقال فى «العتبية» : سئل مالك فيمن ولى ابنه حائطاً اشتراه بثمن يسير وثمنه اليوم كثير فقال: ذلك لا يجوز إلا أن يجوزه له الأب، وقال عيسى بن دينار: وسئل ابن القاسم فى الذى بيع من ولده الصغير الأرض بعشرة دنانير وهى تساوي مائة، فقال: إن كانت بيد الأب حتى مات فأراها موروثة، ولا أرى للولد إلا العشرة.

وسئل الفقهاء بقرطبة فى رجل باع من أم ولده أو زوجته نصف دار له فى صحته، وشهد بالبيع، وقبض الثمن ثم توفى فقام أخوه وأثبت عقد أن أخاه لم يزل ساكناً بالدار إلى أن مات وبعداوة الأخ له وأنه كان يقول: لا أورثه شيئاً

فأجاب ابن عتاب: إذا ثبت سكناه بها فذلك مبطل للعقد، ولا حق لها فى الثمن إذ ليس من الإقرار للوارث، وإنما قصد هبة الدار ليسقط الحيازة، وبهذا قال من تقدم من شيوخنا، وبمثله قال أصبغ وابن رشد، وأجاب ابن الحاج: ما عقد من ذلك غير جائز ولا نافذة، وما ثبت من السكنى مبطل له، ومع ذلك فإن عقد البيع لم يتضمن معاينة القبض للثمن، وذلك مما يستراب فيه ويظن به القصد إلى التوليج أو الخدعة وبذلك جاءت الرواية عن ابن القاسم، سئل مالك عمن أشهد فى صحته أنى قد بعت منزلى هذا من امرأتى أو ابنى أو وارثى بمال عظيم ولم ير أحد من الشهود الثمن ولم يزل بيد البائع إلى أن مات، فقال: لا يجوز هذا وليس بيعاً، وإنما هو توليج وخدعة ووصية لوارث وهذا نص فى النازلة، وكذلك إذا ثبت أنه كان توليجاً بالشهادة فتبطل باتفاق.

وكيفية ثبوت التوليج أن يقول الشهود: توسطت العقد واتفقا جميعاً على أن ما عقداه من البيع والتصيير سمعة لا حقيقة لها أو يقولوا: أقر بذلك المشترى لنا بعد البيع فإن أرسل الشهود الشهادة، وقالوا: نعرف أنه كان توليجاً ولم يقولوا شيئاً من الوجهين المذكورين ففى ذلك اختلاف هل تصح هذه الشهادة أم لا؟ فالذى عليه الأكثر أن تلك الشهادة باطلة، وقال ابن زرب: الشهادة كذا تامة لأن الشاهد العدل يحمل من ذلك ما تحمل مما لا يتبين به كذبه،

ويكتب فى ذلك على الوجه المتفق عليه: عقد يعرف شهوده فلاناً وفلاناً وأنهم حضروا معهما حين انعقاد البيع بينهما فى كذا فاتفقا على أن البيع لا حقيقة له وأنه توليج، ولم يندفع فيه ثمن واتصل ذلك فى علمهم حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، أو يعرف شهوده فلاناً المشترى المذكور

كذا، وأقر لهم بعد البيع أن بيع والده لذلك كان توليجاً، ولم يدفع له ثمناً وسمعوا ذلك منه، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

بيان: فإن ثبت فى بيع التوليج أو المحاباة أن المشترى حاز البيع فى صحة البائع على وجه الحيازة فهل يصح ذلك له ويجرى مجرى الهبات أو يبطل ذلك لأنه لم يخرج مخرج الهبة؟ فى ذلك قولان، فإن لم يثبت فى ذلك محاباة ولا أنه كان توليجاً فهو جائز باتفاق سواء كان فى الصحة أو فى المرض إلا أنه فى المرض لابد من معاينة الشهود للثمن فى الشراء وإلا اختل البيع.

وفى «مسائل ابن الحاج» من ذلك مسألة وهي: رجل توفى فورثه زوجته وابناه من غيرها، وباع فى مرضه خادماً من زوجته فاعترض وصى الابنين المبيع، وقال: إنه توليج وليس بشراء، ولم يتضمن عقد البيع معاينة الشهود لقبض الثمن، فأفتى ابن عتاب بإبطال البيع، وأن ترجع الخادم ميراثاً، وبمثله أفتى ابن الحاج، وأفتى ابن رشد وأصبغ بن محمد بنفوذ البيع وخلوصه للزوجة، فأشار القاضى ابن حمدين بإصلاح الأمر بأن تكون الخدم نصفها للزوجة ونصفها ميراثاً، قال: وهو عندى الاختيار، فإن ثبت ميل البائع إلى المشترى **فيكتب فى ذلك ما نصه:** عقد يعرف شهوده فلاناً ويعرفونه مائلاً إلى ابنه فلان وجانحاً إليه ومفضلا له ومنحرفاً عن سائر بنيه ومباعداً لهم لا يعلمونه رجع عن ذلك إلى أن مات وحتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

فإذا ثبت هذا فيلزم المشترى اليمين أنه اشترى شراء صحيحاً ودفع الثمن حسبما ذكر فى عقده، وسواء كان ذلك فى الصحة أو فى المرض ويلزمه اليمين

إن ثبت هذا العقد، فإن حلف ثبت البيع و لم يبطل إلا أن يثبت فيه تـوليج أو محاباة على ما تقدم، وبيع المريض وشراؤه جائز ما لم يحاب فيكون ذلك فى ثلثه لغير الوارث إلا أن يجيز ذلك الورثة فتكون هبة مفتقرة للحيازة والمرض المعتـبر هو الذى يخاف منه الموت، فإن كان من العلل المزمنة مثل الجذام والخدر والعقد ونحو ذلك من العلل فأفعالها كلها أفعال الصحيح جائزة باتفاق ومراعاة فعـل المريض فى المحاباة يوم الفعل لا يوم الحكم، ذكر ذلك ابن يونس وابن مغيـث، وفى «الواضحة» ما ظاهره خلاف ذلك وبيع الأعمى وشراؤه جائز عند مالـك إذا عرف الصفقة التى تشترى باللمس والصفة وغير ذلك، وقيل: لا يجوز لـه الشراء إلا أن يكون قد عرف ذلك قبل حدوث الآفات عليه، فأما من خلـق أعمى فلا يجوز له بيع ولا شراء، وكذلك بيع الأصم والأبكم وشراؤه وأفعالـه كلها جائزة إذا فهم وقطع الشهود بمعرفة ذلك ورضاه بالإشارة.

ويكتب فى ذلك ما نصه: وشهد على فلان وعلى الفهم من فلان بالإشارة بما ذكر عنه إذ هو أبكم، وفى كذا، فإن كان أصم أبكم أعمى لم تجز مبايعتـه ولا معاملته ولا نكاحه ولا شيء من أفعاله باتفاق.

فصل

ويجوز بيع الدار الغائبة أو الملك على صفة غير البائع أو على رؤية متقدمة لا تتغير فيها.

ويكتب فى ذلك عقد: اشترى فلان من فلان جميع الدار أو الملك بكذا حدوده كذا بثمن كذا، وتبنى على ما تقدم، ثم تقول: وبعد أن رآه المبتاع رؤية متقدمة على هذا لا تتغير فى مثلها أو بعد أن رأى ذلك له من وثق بدينه ومعرفته، ووصفه له وصفاً قام عنده مقام العيان، وأحاط به علما وبصراً فرضيه والتزمه شهد به عليهما فى كذا.

بيان: وهذا البيع على الوجهين المذكورين إذا لم يشترط النظر له يعدّ لازماً كغيره من البيوع والنقد فيه بشرط جائز على المشهور، والضمان فيه من المبتاع، على ذلك مالك وأصحابه، فإن تنازعا فى أنه على الصفة التى رآها فالقول قول البائع، فإن وقع البيع على صفة البائع أو على أن ينظر إليه بعد جاز، فإن وافق الصفة لزم وإلا فلا، ولا يجوز النقد فى هذا بالشرط والضمان فيه من البائع، وقيل: من المشتري.

ويكتب فى ذلك عقد: يشترى فلان من فلان جميع الدار بكذا حدودها كذا وصفتها بموضع البائع أنها طولها كذا وعرضها كذا وبناؤها بالجص على صورة كذا وسقفها بالخشب تذكر من أوصافها ما يختلف به الثمن، ثم تقول: اشتراءً صحيحاً بثمن كذا يندفع حالاً،وخلص بذلك للمشترى تملكها على السنة فى

ذلك، وأنها إن وافقت هذه الصفة فهى لازمة له، ويؤدى له الثمن إذ ذاك، وإلا فهى غير لازمة له، ويشهد عليهما بذلك فى كذا.

ومن شروط بيع الغائب أن لا يكون بعيداً جداً كإفريقية من خراسان ولا قريباً تمكن رؤيته بلا مشقة على الأشهر، فإن كان بمشقة جاز.

فصل

وبيع الخيار جائز وحده فى الأصول الشهر، وقيل: شهران، وفى الرقيق: الجمعة ونحوها، وفى غيرهما: ثلاثة أيام، فإن وقع إلى غير أجل ضرب له نحو ذلك، ولا يجوز النقد فيه بشرط، وهل يفسد البيع بذلك أم لا؟ فى ذلك قولان، والضمان فيه على البائع، والغلة له إذ الخراج بالضمان، ولا خيار فى البيع إلا بالاشتراط وعلى ذلك كافة الفقهاء، وقال ابن حبيب: الخيار للمتبايعين فى المجلس ما أقاما فيه للحديث، فإن اشترى على مشورة فلان أو على رضاه أو على خياره فله الاستبداد، وقيل: لا، ويجوز على خيار المتبايعين أو خيار أحدهما.

ويكتب فى ذلك عقد: اشترى فلان من فلان جميع الكذا اشتراء صحيحاً عرفاه على أنهما بالخيار مدة كذا أو على أن البائع منهما أو المشترى بالخيار مدة كذا بثمن كذا قبضه البائع بطوع المشترى بتعجيله من غير شرط كان بينهما فى ذلك، وأبرأ منه وخلص للمشترى تملك ذلك، وحل فيه محل ذى الملك فى ملكه على السنة فى بيع الخيار، وقد رآه وقبله وعلم بعيوبه كلها وشهد

عليهما بذلك فى كذا، فإن انقضى أجل الخيار ثبت البيع، وكذلك إن اختار الإمضاء فى أثناء الأجل.

ويكتب فى ذلك عقد: أشهد المتبايعان فلان وفلان على أنفسهما أنهما أمضيا البيع المنعقد بينهما فى كذا على الخيار فى ذلك وتمماه، وأسقطا شرط الخيار فيه أو ما شرطه البائع أو المبتاع من الخيار الإسقاط الكلي، وأنفذ البيع على حسبه وأحضر المبتاع الثمن ودفعه إلى البائع فقبضه، وأبرأ منه ونزل فى المبيع وأبرأه من درك الإنزال، وشهد بذلك عليهما فى كذا.

وإن اختار الفسخ، **فيكتب فى ذلك عقد:** أشهد المتبايعان فلان وفلان على أنفسهما أنهما حلا البيع المسمى فى كذا، أو حله فلان منهما بما وجب له من ذلك إذ كان قد اشترط الخيار فيه الحل الكلي، وبقى المبيع بذلك ملكاً للبائع، وبرئت به ذمة المشترى من الثمن، ولم يبق بسبب ذلك تبعة، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

فصل

والبيع بشرط الثنيا غير جائز، فإن وقع فسخ ما لم يفت فيصح بالقيمة والغلة فيه للمبتاع، قال ابن رشد: اختلف فيه إذا وقع، فقيل: هو بيع فاسد لأنه بيع وسلف فيفسخ ما لم يفت بما يفوت به البيع الفاسد، وتكون الغلة للمبتاع بالضمان، وهو قول ابن القاسم، وقيل: إنما هو سلف جر نفعا، قاله سحنون فى «المدونة»، وهو قول ابن الماجشون وغيره، فعلى هذا القول تكون الغلة للبائع

ولا تكون للمبتاع لأنه ثمن السلف فهى عليه حرام، وقال ابن عبد الغفور فى «الاستغناء»، قد قيل: إن بيع الثنيا فاسد ومردود أبداً فات أو لم يفت لأنه حرام محرم، وهو باب من أبواب الربا ترد به البياعات والصدقات والأحباس فإن وقع إلى أجل كان فيه الكراء لأنه كالرهن، وإن وقع إلى غير أجل فلا كراء فيه والذى عليه أكثر العلماء، وهو قول مالك وابن القاسم أنه لا كراء فيه كان إلى أجل أو إلى غير أجل، لأنه بيع فاسد عندهم، وبذلك العمل، وفى «وثائق ابن مغيث»: اختلف فى بيع الثنيا، فقال الشيخ أبو الحسن القابسي: حكمه قبل انقضاء أجل الثنيا محمول على حكم البيوع الصحيحة والغلة فيه للبائع لأنه بمنزلة الرهن وهو بعد انقضاء الأجل بمنزلة البيوع الفاسدة، وقال غيره: يفسخ ما لم يفتح فيصح بالقيمة لأنه بمنزلة البيع والسلف والفوت فى المبيعات كلها الأصول وغيرها بتغير الذات وفوت الغرض المقصود كالبناء والهدم والغرس ونحو ذلك وبالخروج عن اليد بالبيع الصحيح وتعلق حق الغير كالرهن والإجارة، وأما حوالة الأسواق فهى فوت فى الحيوان والعروض ما عد الأصول فعلى ذلك مالك وأصحابه وقال أشهب وأصبغ: الأصول وغيرها سواء فى ذلك، وحوالة الأسواق فيها فوت، فإن وقع البيع الآن صحيحاً وطاع بالثنيا بعد ذلك جاز.

ويكتب فى ذلك عقد: أشهد فلان على نفسه أنه طاع لفلان بعد تمام البيع بينهما فى كذا أو انعقاد صفقته على الصحة أنه متى جاءه بالثمن الذى دفعه إليه فيه إلى انقضاء أجل كذا أو متى أتاه بالثمن من غير أجل فهو مقال فى صفقته والمبيع مردود إليه حسبما كان قبل البيع طوعاً عرف قدره، وألزم نفسه حكمه،

وشهد عليه بذلك فى كذا، ويجوز هذا الطوع إلى أجل وإلى غير أجل، فإن كان إلى أجل فلا يجوز للمبتاع فيه تفويت ببيع أو هبة أو غيرهما، فإن فعل ذلك فسخ إن جاءه بالثمن فى أثناء الأجل أو ما قرب منه وصرف البيع عليه والقرب فى ذلك اليوم ونحوه، وإن تم الأجل ولم يأت بالثمن سقط حكم الثنيا، وإن كان إلى غير أجل فمتى جاءه البائع بالثمن لزمه رده إليه بقرب التبايع أو على بعد منه، للمبتاع التصرف فيه بالبيع وغيره، ولا كلام فى ذلك للبائع إلا أن يحضر له الثمن حين إرادته للتفويت فيمنع المبتاع من التفويت، ويلزمه صرفه عليه، وكتب هذا الطوع فى عقد مفرد عن عقد التبايع أحسن، فإن ادعى أحدهما أن ذلك كان شرطاً فى نفس البيع والآخر أنه كان طوعاً، ففى «وثائق ابن العطار»: أن القول قول مدعى الطوع مع يمينه، وقيل: اليمين عليه مع البينة التى قامت له بالطوع، وقال سحنون: إن كان منهما بمثل هذا فعليه اليمين وإلا فلا يمين عليه، وفى كتاب «الاستغناء»، قال المشاور: من ادعى منهما أن ذلك كان شرطاً فى نفس الصفقة حلف وفسخ البيع كما قد جرى فى عرف الناس، وبذلك كانت الفتيا عندنا.

فصل

والإقالة جائزة فى الأصول وغيرها، وهى بيع من البيوع كانت بالثمن الأول أو بأقل أو بأكثر، وقال سحنون: إن كانت بالثمن الأول فهى نقض بيع، وليست بيعاً.

ويكتب فى ذلك عقد: قال فلان فلاناً فى جميع الدار والأملاك التى ابتاعها منه بموضع كذا إقالةً تامة بمثل الثمن الذى وقع به التبايع، وهو كذا أو بكذا

وكذا دفعها له، وأبرأ منها وخلص له تملك المبيع، وحل فيه محل ذى المال فى ماله على السنة والمرجع بالدرك، ورجع بذلك إلى ملكه على حالته قبل البيع أو قد حدث فيه كذا فرضيه والتزمه وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: فإن ألفى فى المبيع عيباً حادثاً بعد بيعه فله الرجوع به، وإن كان قديماً قبل البيع ولم يعلم به واحد منهما فلا قيام له به إلا أن تكون الإقالة بزيادة فله الرجوع بالزيادة بعد أن يحلف أنه لم يعلم العيب، وفى كتاب «الاستغناء» قال ابن عيشون: من أقال رجلا فى بيع أو ابتياع فوجد شيئه قد زاد أو نقص أو فات وهو لا يعلم لم تلزمه الإقالة إلا فى الطعام، وكل ما يوجد مثله فيلزمه، قال المشاور: ولا تجوز الإقالة بشيء قد دخلته صنعة كالخياطة فى الثوب والدباغة فى الجلد ونحو ذلك، ويفسخ إلا أن يقول المقيل: أقيلك على أن تعطينى فى خياطتى أو دباغى أو صنعتى كذا وكذا فرضى بذلك وإلا فلا.

وسئل ابن رشد فى رجل يبيع سلعته فى السوق من تاجر فإذا قبض ثمنها قال: أريد أن تبيعها منى إلى أجل، وأقدم لك من ثمنها شيئاً ولم يقدم فقال: إن كان اشتراها لنية حدثت له فى شرائها بعد أن باعها وانتقد الثمن وهو لا يريد ابتياعها جاز ذلك وإلا لم يجز.

وكذلك سئل فى رجل باع داره بمائة نقداً فلما قبض الثمن قال للمشترى أتبيعها منى بمائتى دينار إلى عام أيصلح ذلك؟

فقال: الجواب فى هذا مثل الجواب فى التى قبلها سواء، ولا تجوز الإقالة فى شيء بيع إلى أجل لم يحل أجله بأقل من ثمنه نقداً أو إلى أجل أقرب منه ولا

بأكثر من ثمنه إلى أبعد منه وهى جائزة بمثل الثمن على كل حـال، وإذا قـال البائع للمشتري: احبس دابتك وأنا أهبك ديناراً جاز لأنها وضيعة من حقه، وإذا شرط المشترى على البائع فى الإقالة أنه إن باع المبيع من غيره بعد الإقالة فهو له بالثمن الأول، فذلك جائز عند ابن القاسم، وقد نص ابن فتحون فى «وثائقه» فى ذلك عقداً قال: وإذا باعه من غيره نقض البيع وكانت للمقيل بالثمن الأول إلا أن يبيعها بعد طول من الزمان ترتفع فيه عنه التهمة، وإذا ادعى أحد المتبـايعين على الآخر الإقالة و لم تقع بينة فهل يجب اليمين على المنكـر أم لا؟ فى ذلـك قولان، قال ابن رشد: هى من دعوى المعروف، وقد كان بعض الشيوخ يقول: إن ما وقع من ذلك فى الأمهات ليس باختلاف من القول، وإن المعنى فى ذلـك أن الشيء المدعى فيه إن كان بيد المدعى أو كان له به تشبث وجبت له اليمين، وإن لم يكن له تشبث لم تجب اليمين، قال: وهو تفصيل حسن وله وجه مـن النظر وهو مراعاة الخلاف فى وجود الحكم بها، وكان ابن عتاب وابن القطـان يقولان: لا تجب اليمين لمدعى الإقالة إلا أن يأتي بشبهة تقوى بها دعواه والوجه عدم لحاق اليمين فيها لأن الناس يبدو باطلهم فى ذلك إذا طلبوا بالثمن ويجعلونه باباً من أبواب اللدد، فإن كان يدعى ذلك ممن يظن به طلب الباطـل كلـف الشبهة وإن كان ممن يظن أنه محق فى دعواه لتتره عن الباطل فاليمين فى ذلـك حقه، ومن لم يراع الخلطة ابتداء فاليمين هنا أقوى للمعاملة المتقدمة.

وفى «مسائل ابن الحاج»: لا تجوز الإقالة فى الطعام على رد ما قبض منه بعد أن غيب عليه ولا فيما قبض منه دون ما بقي، ولا فيما بقي دون مـا قـبض تقابضا فى ذلك كله أو لم يتقابضا، وبه قال ابن رشد، وقال أيضاً: إذا تقابلا فى

الطعام بعد نقله فعلى من يكون رده إلى منـــزل البائع؟ فالأشبه أن يكون على البائع لأن المبتاع قد نقله حين البيع فينقله البائع حين الإقالة، وذلك يجرى على الاختلاف فى الإقالة هل هى بيع أو نقض بيع؟ وفى جواز الإقالـــة فى الملـــك الموظف قولان: أحدهما: أنه لا يجوز لأنه شرط فى نفس الصفقة، وأن تبرأ بـــه بعد الإقالة بعلم البائع به بخلاف الشراء، والثاني: أن ذلك جائز وبه العمل وعليه عامة الفقهاء والمشاورين، وقد اختار بعضهم أن يعقد فى ذلك على القول بعدم الجواز أن البيع انفسخ بينهما إذا كان أصله مفسوخاً باشتراط الوظيف، وذلك عقد باطنه خلاف ظاهره.

بيع الأب والوصي والوكيل، وشراؤهم، وبيع الحاضنة وبيع الفضولي، ومن بيع عليه ماله وهو ساكت، وبيع المضغوط والغبن فى البيع

وبيع الأب جائز على بنيه الذين فى حجره صغاراً كانوا أو كباراً.

ويكتب فى ذلك عقد: اشترى فلان من فلان البائع على ابنـــه الـــصغير فى حجره فلان أو الكبير الذى فى حجره بتجديد الحجر عليه فى وقت وجب لـــه ذلك جميع الدار أو الملك بكذا وتبنى على ما تقدم، وللأب البيع على ابنه الذى فى حجره لحاجة أو غيرها إذا أراد النظر له، وفعله محمول على الـــسداد حـــتى يثبت خلافه، وللابن القيام فى ذلك إذا ثبت سوء النظر له، والغبن البين عليه فى البيع، فإن كان الغبن مما لا ينفك عنه المبيعات فلا قيام فيه، ولا أيضاً أن يهـــب مال ابنه هبة ثواب بخلاف الوصي، وأن يشتريه لنفسه ولا اعتراض عليه فى شيء

من ذلك عقاراً كان الملك أو سواه إلا أن يثبت سوء النظر والغبن الفاحش كما ذكر، وفى كتاب «الاستغناء»: إذا أراد الرجل التنقل من وطنه وأراد بيع مال ابنه الصغير وانتقاله مع نفسه جاز ذلك عليه، وكذلك له أن يبيع مال ابنه الصغير لينفق منه على نفسه إذا احتاج إلى ذلك.

ويكتب فى ابتياع الأب مال ابنه بنفسه ما نصه: باع فلان على ابنه الصغير فى حجره فلان واشترى لنفسه جميع الملك بكذا بثمن كذا برسم الحلول عليه واللزوم لذمته وماله إلى أن يبرأ منه بالواجب، وخلص له تملك ما ذكر، وحل فيه محل ذى الملك الصحيح فى ملكه، وعلى السنة والمرجع بالدرك، وشهد عليه بذلك فى كذا، وإن ضمنت أن الثمن ثمن مثله فحسن، وإلا فهو محمول على السداد حتى يثبت فيه الغبن فيكون له نقض البيع، فإن باع ملك ابنه ولم يذكر أنه باع على ابنه فالبيع ماضٍ على الابن، وإن لم يذكر ذلك فى الوثيقة لأنه المتولى لأمره والناظر له، وكذلك الكراء إذا قال: اكتريت، ولم يقل على ابني.

فصل

ويكتب فى بيع الوصى على محجوره عقد: اشترى فلان من فلان البائع على محجوره فلان الذى وَلِى نظره بعهد الأب جميع الملك بكذا حدوده كذا، وتبنى على ما تقدم ثم تقول قبل الإشهاد: وكان إمضاء الوصى البيع بعد التسويف والإشارة فى مظان الزيادة، ولم يلف زائد على ما ذكر، وليضع الثمن فى نفقة المحجور ومؤنه إذ هو بحال حاجةٍ وفاقة، وليس له من أين ينفق عليه إلا من ثمن

ما ذكر، ثم تقول بعد التاريخ: ممن يعرف الإيصاء بإشهاد الموصى به، ولا يعلم فيه نسخاً، وفى التاريخ.

بيان: لا يجوز بيع الوصى على اليتيم ما له إلا على وجه النظر له، ولوجه من الوجوه المبيحة للبيع وهى الحاجة والفاقة أو خراج الدار، ولا يكون له ما يصلح أو الغبطة فى الثمن أو العوض عنه ما هو أنفع له أو لعيب الشركة فيعوضه ملكاً لا شركة فيه أو يعوضه ملكاً حراً عن ملك موظف ونحو ذلك مما هو نظر لليتيم ومصلحة له وما خالف ذلك مما فيه سوء نظر فلا يجوز ويفسخ إن وقع، وفعله محمول على السداد حتى يثبت خلافه. وفى كتاب «الاستغناء»: إذا باع الوصى عقار اليتيم مضى بيعه وجاز ما لم يكن غبناً فى الثمن لا يتغابن الناس بمثله، وإن لم يكن شيء من الوجوه المذكورة وهو قول شيوخ الشورى قديماً وبه العمل، وقال غيره: هذا بخلاف ما تدل عليه أقوالهم، وفى «أحكام ابن زياد»: إذا أقيم فيما باعه الوصى كان على المشترى إثبات البيع وأنه باع لغبطة أو فاقة وحينئذ يتم له الشراء، ولا ينبغى له أن يبيع إلا بعد المناداة ومن آخر زائد، فإن باع مساومة وأصاب البيع واستقصى الثمن جاز، وكذلك لا يجوز له أن يهب مال محجوره للثواب لأنه يحكم له فيها بالقيمة ولا فائدة فى ذلك للمحجور، ولا يبتاع أيضاً مال محجوره لنفسه، وأجاز ذلك مالك فى اليسير، فإن فعل وكان سداداً لم يلف عليه زائد نفذ، ولبعض الشيوخ فى القاضى يقدم وصياً ثم يبتاع منه من مال المحجور: إنه إن استقصى الثمن وباع لحاجة أو وجه يجوز له البيع جاز، وقال بعضهم: لا يجوز ذلك، ويفسخ البيع على كل حال لأنه كأنه ابتاع لنفسه وهو الصواب، فإن ثبت الغبن على الذى يباع على المحجور ففى ذلك

اختلاف، قيل: إن المبتاع يوفى تمام القيمة يوم البيع ولا يرد البيع، وإن كان قائماً لم يفت، وقيل: إنه يمضى له بقدر الثمن على قيمته يوم البيع ويرد الباقي، وقيل: إنه يفسخ على كل حال فإن فات البيع، قال ابن رشد: فذلك فوت، ولا يفسخ ويرجع المحجور على المبتاع بما زادت قيمته يوم البيع على الثمن الذى وقع بـه البيع وإذا كان ذلك يفيت البيع الفاسد الذى يغلبان على فسخه فأحرى بيـع الغبن الذى لا ينقض إلا باختيار أحدهما، فإن استنفذ الوصى الثمن فى نفقـات المحجور ثم استحق المبيع بما يوجب الحكم فإنه لا يرجع على الوصى بشيء، وإنما يرجع بذلك فى مال المحجور إن كان له مال، فإن لم يكن له مال فلا شيء على الوصى إلا أن يثبت عليه أنه علم أن الدار ليست لليتيم أو ما أشبه ذلك فيرجع عليه حينئذ بالثمن، وقال مالك: ما باع الوصى من السلع وأخذ الثمن فأتلفه أن الثمن له من المبتاع وترد السلعة إن وجدت أو قيمتها، وما باعه المولى عليه بغير إذن وليه فالبيع موقوف على إجازته أو رده، فإن أجازه وكان سداداً جاز وإن رده وكان المحجور قد قبض الثمن، فإن وجده المبتاع بحاله وعرفه بعينه أخذه، وإن كان مما لا يعرف بعينه فإنه لا يكون له إلا أن تشهد البينة أنها تفارقه مـن حين قبضه، وأن الذى وجده بيده هو ما قبضه وإلا فلا، وإن كان قد أنفقه فى مصالح نفسه التى لا غنى له عنها أخذ من ماله وإلا خسره المبتاع، ولا يكون له الرجوع به فى ماله، ولا يلتفت إلى إقرار المولى عليه فى شيء من ذلك، قال ابن رشد: ما باع اليتيم بغير إذن وصيه أو الصغير بوجه السداد فى نفقته التى لابد له منها ولوجه البيع يتحصل فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أن البيع يرد، ولا يتبع بشيء من الثمن، وهو قول ابن القاسم فى «المدونة» و «المبسوطة»، وقول ابن كنانة، وهو أضعف الأقوال. والثاني: أن البيع يرد إن رأى ذلك الوصي، ولا يبطل الثمن عن اليتيم، ويؤخذ من ماله، وهو قول أصبغ. والثالث: أن البيع يمضي، ولا يرد إلا أن يكون ما باع بأقل من القيمة أو باع ما غيره أحق بالبيع فلا يختلف فى أن البيع يرد وإن لم يبطل الثمن عن اليتيم لإدخاله إياه فيما لابد له منه، وأما ما باع اليتيم من ماله أو أنفق ثمنه فى شهواته فلا اختلاف فى أنه يرد ولا يتبع بالثمن كان الذى باع يسيراً أو كثيراً أصلا أو عرضاً وهو محمول فيما باع وقبض من الثمن على أنه أنفقه فيما له منه بّد حتى يثبت أنه أنفقه فيما ليس له منه بد، وإذا ادعى المولى عليه فى شيء باعه أنه باعه قبل أن يجوز له البيع، وقال المبتاع بعد أن جاز له البيع فالبينة على البائع لأنه يريد فسخ بيع قد تم، ولابن سحنون فى كتابه أن القول قول السفيه.

فصل

ويكتب فى بيع الوكيل عقد: اشترى فلان من فلان البائع على فلان بحكم التقديم الذى بيده من قبله، وتبنى على ما تقدم وتقول بعد التاريخ: ممن يعلم التقديم بإشهاد المبيع عليه به ولا يعلم فيه عزلا، والوكيل على البيع وكيل على قبض الثمن وإن لم ينص له على ذلك، وكذلك له اتخاذ الحميل لأنه من التوثق للأمن وإن لم يجعل له إلا البيع خاصة، والرهن كذلك له أخذه فإن ضاع فضمانه منه إلا أن يعلم به الموكل ويرضى به ولا يبيع بالنسيئة إلا أن ينص له

عليها، وكذلك ليس له أن يبيع بالعرض ما شأنه أن يباع بالعين ولا يبرأ المشترى من الثمن إلا بمعاينة الدفع ولابد أن يقال فى تضمين الوكالة أن الموكل أشهدهما بذلك قال ابن الحاج فى «مسائله»: فإن بينا فى شهادتهما أن الموكل أشهدهما بها فشهادتهما باطلة ولا يعمل بها، قال ابن رشد: وإذا باع وزعم أنه وكيل ثم ظهر أنه ليس بوكيل فإن شاء المشترى رد المبيع فى الحال فله ذلك، وإن شاء يمسكه حتى يرى رأيه فله ذلك، وإن كان حيواناً فمات فهو على ذمته ولو جاء ربها قبل ردها فأمضى لزمه بخلاف ما إذا باعها وهو يدعى أنها له ثم جاء ربها فاستحقها وأجاز البيع فلا يلزم ذلك المشترى وله حجة فى ذلك بانتقال العهدة، وكذلك إذا ادعى بعض الشركاء ملك الجميع فإنه يرد المبيع كله بخلاف ما إذا ادعى الوكالة فإنه إذا جاء الغائب فأمضى البيع فهو لازم للمشتري.

ويكتب فى ابتياع الوكيل لموكله: عقد اشترى فلان لموكله فلان بما بيده من قبله من فلان جميع الموضع بكذا بثمن كذا وكذا دفعه من مال موكله المذكور وقبضه منه البائع وأبرأه منه وخلص بذلك للمشترى له تملك ذلك على السنة والمرجع بالدرك بعد أن رآه وعلم أن من عيوبه كذا فرضيه والتزمه لموكله المذكور وشهد عليهما بذلك فى كذا، وهذا البيع لازم للمشتري، وإن ذكر فيه أن اشترى لغيره إن نازعه الموكل وعليه غرم الثمن، وإن لم يشترط العهدة عليه إلا أن يصرح عند الشراء أنه اشترى لغيره بماله وأمره وليس عليه من دفع الثمن شيء، فإن اشترط ذلك سقط عنه غرم الثمن، وإذا صرح عند الاتفاق على البيع أنه اشترى لغيره فيلزم عقد الوثيقة على ذلك، وليس للبائع أن يمتنع من ذلك

وإن لم يصرح حين عقد البيع فلا يلزم البائع أن يعقد ذلك فى الوثيقة، وللمشترى أن يشهد بذلك بعد عقد البيع.

فيكتب فى ذلك ما نصه: وأشهد فلان المشترى فى كذا بأن ابتياعه ما ذكر هو لفلان بن فلان بماله وأمره ويده فى تناول ذلك عارية، ولا حقّ له معه فى ثمن ولا مثمون، وحضر فلان فوافق على ذلك، ورضى بالشراء على حسبه وألزم نفسه حكمه وشهد عليهما بذلك فى كذا وفى الإشهاد على الموكل منفعة للوكيل لئلا ينازعه فى ذلك فلا يلزمه البيع، وإذا نازع الآمر وقال: لم آمره بالشراء ولا بينه للمأمور فيحلف الآمر وله رد اليمين، فإن حلف أخذ ماله من المشترى المأمور على قول أصبغ، ولا يكون له سبيل على البائع، قال: إلا أن يصرح أنه علم بذلك وصدق المشترى على قول ابن الماجشون: يأخذ ماله عمن شاء من البائع أو من المشتري، فإن أخذه من البائع رجع به على المشتري، وإن أخذه من المشترى لم يكن له على البائع رجوع، والشراء لازم للمشترى على كل حال، وفى كتاب «الاستغناء»: إن ابتاع رجل داراً وأنفذت زوجته الثمن لسكناها سنة أو سنتين ثم تداعيا فيها فإن أقر الزوج للزوجة بالنقد فيها حلفت أنه لها اشترى ومن مالها وزنت وكان الشراء لها، وإن أنكرها ذلك فالقول قول الزوج بيمينه والشراء له، وإن قال البائع: إن المرأة وزنت عليه الثمن لم ينفعها ذلك و لم يقبل قوله وكان لها شاهداً، قال ابن رشد: وإذا اشترى رجل سلعة لامرأته أو تكارى لها دابةً فحازت الدابة أو سكنت الدار فطلب منها الثمن، فقالت: قد دفعت لك ولا بينة لها ففى ذلك خمسة أقوال:

أحدها: أنه إن كان نقد الثمن فالقول قولها مع يمينها، وإلا كان القول قوله مع يمينه وهي رواية ابن القاسم عن مالك، والثاني: أنه إن كانت قبضت السلعة كان القول قولها وإلا كان القول قوله وهو قول أشهب، والثالث: قول سحنون عن عيسى أنه إن أشهد حين الدفع أنه من ماله كان القول قولـــه، وإلا كـــان القول قولها، والرابع: أن القول قول المأمور مطلقاً نقد أو لم ينقد وهى روايـــة عيسى عن ابن القاسم، والخامس: أن القول قول الآمر مطلقاً نقداً و لم ينقـــد، وهو فى «كتاب ابن المواز»، ويلزم الآمر ما التزمه المشترى من العيوب الخفيفـــة والوظيف، فإن كان من العيوب التى لا يخفى مثلها فلا يلزمه، وإذا اطلع علـــى عيب فلا يرد به عند ابن القاسم إذا كان قد أمره بشراء شيء معين لا باستئذان الآمر ويرد حق غير ذلك، وقال أشهب: لا يرد شيئاً من ذلك معينة كانـــت أو غيرها إلا بعد استئذانه، قال بعض المتأخرين: إلا أن يكون غائباً فلـــه ذلـــك، وكذلك ليس له أن يقبل، فإن كان مفوضاً إليه فله أن يقبل ما شاء من ذلـــك كله فى الغيبة والحضور.

فصل

ويكتب فى شراء الأب والوصى للصغار عقد: اشترى فلان لأولاده الصغار فى حجره فلان وفلان وفلانة على السواء بينهم أو فلان الوصى لمحاجير فـــلان وفلان على السواء بينهم أو على نسبة كذا من مالهم ومتاعهم من المستقر لهـــم بيده من ميراثهم من أمهم فلانة أو من غلات أملاكهم بكـــذا أو بمـــالهم -لله تعالى- من فلان جميع الكذا بكذا، وتبنى على ما تقدم.

بيان: الوجه فى ابتياع الأب لابنه بماله أن يبين أصل المال، وتضمن فى العقد المعرفة به، ولا يحتاج فى ذلك إلى ابتياع الوصى لانتفاء التهمة فيه، **ويكتب فى تضمين ذلك قبل التاريخ ما نصه:** ممن يعرف أن الابن المذكور ورث فى أمه المذكورة مالاً استقر بيد والده له والثمن فى ذلك يسير أو أنه استقر له بيد والده من غلات أملاكه أو فوائده ما يربى على الثمن المذكور فى كذا، فإن لم ينص الوجه المذكور، وقال: إنه اشتراه من مال ابنه ولا يعلم للابن مال ففى ذلك قولان

أحدهما: أن ذلك جائز للابن، قاله مالك -رضى الله تعالى- عنه، وهو مذهب ابن القاسم قال فى «الاستغناء»: وإن اعتمر الأب الأملاك وسكن الدار بعد ذلك وهو الصحيح وبه العمل.

والثاني: أن ذلك لا يصح للابن ويكون توليجاً، وهو مذهب أصبغ، وإن قال فى ابتياع الأب والوصى من مال المحجور وسكت فلابد من تبيين الاشتراك بين المحاجير إن كان جماعة مخافة أن يموت فلا تعرف نسبة الاشتراك وهو محمول على الوصى إذا لم يبين ذلك على نسبة الميراث، وقال أصبغ: إن كان الشراء بجميع مالهم كان ذلك وإن كان بالبعض كان على السواء، وإن سكت الأب و لم يقل بمالهم ولا بمال وهبه لهم وعرى العقد عن ذلك فإنه يحمل على العقد أسفله، وإذا اشترى الأب لابنه بمال وهبه إياه فهو جائز وإن لم تعرف الهبة قبل ذلك، وإخراج الثمن من يده إلى يد البائع حيازة تامة، وبذلك القضاء،وقيل: إن ذلك ليس بحيازة حتى يخرجه من يده ويدفعه إلى غيره ثم يبتاع به أو يدفعه الحائز بأمره إلىالبائع.

وسئل ابن الحاج فى رجل ابتاع لابنه داراً بثمن وهب إياه إلا أنه منجم عليه فى ثلاثة أعوام ثم توفى المشتري، فقال: لا ينفسخ البيع ويتبع البائع تركة الميت بالثمن حالا، وتكون الدار بين ورثة الأب وإن كان ابتاع للأجنبى ملتزما العهدة فذلك جائز.

ويكتب ما نصه: اشترى فلان لفلان بماله ومتاعه وعلى العهدة من فلان جميع الكذا، وتبنى على ما تقدم، ثم تقول قبل الإشهاد: ولم يقر البائع بما ذكر المشترى من أن شراءه لغيره ولا أنكره منه ما باع وعليه العهدة وهو الملتزم للعيوب ولأداء الثمن وشهد عليهما بذلك فى كذا.

فصل

وبيع الحاضن والحاضنة فيه اختلاف، فقيل: إنه لا يجوز له البيع إلا بأمر السلطان وقيل: يجوز مطلقاً فى القليل والكثير إذا وافق السداد، وقيل: يجوز فى القليل دون الكثير إذا احتاج إلى ذلك، وبذلك جرى العمل، والقليل ما قيمته عشرون ديناراً وسواء كان الحاضن قريباً أو بعيداً أو ولياً أو أجنبياً فى بدوي أو حضرى إذا أصاب وجه البيع وكان الثمن قليلاً فيما يحتاج إليه اليتيم جاز، ولا قيام له فيه بعد ذلك لأحد.

ويكتب فى ذلك عقد: باع فلان على اليتيم فلان الكائن فى حضانته وكفالته جميع الدويرة أو الموضع بكذا حدوده كذا بثمن قبضه البائع وصار عنده ليضعه فى نفقات اليتيم وضروريات أموره إذ هو بحال حاجة ولا شيء له يباع لذلك

سوى ما ذكر وبعد التسويق والإشادة فى مظان الزيادة، وشهد عليهما بذلك فى كذا وتضمن فى العقد ممن يعرف فى العقد صغر الابن وحاجته، وأنه لا وصى عليه، وأنه أولى ما يباع عليه أو السداد.

بيان: الأم أقوى فى ذلك من غيرها لأنها قد نزلت منزلة الأب فى مواضع كثيرة وقال ابن حبيب: أجاز مالك وغيره من العلماء نظر العم والأخ وغيرهما من الأولياء إذا كان رشيدا لليتيم دون تقدم سلطان، وأن يفعل ما يفعله الوصى إذا أحسن النظر ولم يتهم، فإن باع الحاضن ما قيمته أكثر مما ذكر على ما جرى به العمل أو لغير حاجة فسخ ولم ينفذ، وفى «مؤلفة ابن لبابة»: كل من باع على يتيم من أخ أو ولى غير وصى من غير نفقة ولا كسوة فلا يجوز عليه وهو بالخيار بين أن يأخذ ما بيع عليه أو قيمته يوم البيع أو الثمن الذى وقع به البيع فات أو لم يفت، وكذلك إن قال: طلبت له بالثمن والفضل وابتعت له كذا وكذا فاليتيم مخير فى ذلك إلا أن يجد سلعة فيأخذها إن شاء وإن كان مما يكال أو يوزن رد المثل، وقال الأبهرى عن مالك: ومن هلك وترك بنين وفيهم صغير ولم يول عليه فباع الكبار فى دين على أبيهم من ماله ثم بلغ الصبى فأنكر الدين ولم يثبت أن الصغير يأخذ ما بيع عليه لأنه على ملكه ويتبع المشترى الكبار بالثمن لتعديهم فى قبض ما ليس لهم، إذ لا يجوز لأحد أن يبيع على صغير إلا الأب أو وصياً أو حاكماً وإن شهد عليه برضاه يوم البيع فلا شيء عليه لأن رضاه ليس برضاً ومثله قال ابن نافع: قال المشاور فى كتاب «الاستغناء»: وله القيام مدة من عشرة أعوام بعد بلوغه وإن علم بالبيع لأنه من وجه الاستحقاق لأنه لا يستحق مال أحد ولا يحاز عليه دون العشرة الأعوام لأن دخول المبتاع

عليه معلوم، وليس من وجه الرضا بالبيع وانقطاع حجته بالعلم كمن بيع عليه ماله وهو ساكت عالم لا يقوم عند ذلك فيعد منه رضا بالبيع ويرجع بالثمن ولو كان ممن يعلم ذلك و لم يقم بعد بلوغه باليومين والثلاثة لانقطعت حجته وبعشر سنين من بلوغه كان يفتى ابن لبابة وغيره، وفى «المجالس»: أنه من باب الرضـــا، ويمضى البيع سكونه بعد البلوغ ما لم يقم بحرارة البلوغ فى الشهر وما قاربه إلى السنة، فإن زاد على ذلك لزمه البيع ورجع على البائع بما يصير عنده من الثمن وإلى باب الحيازة والاستحقاق نحا ابن حبيب فى روايته عــن مطــرف وابـــن الماجشون وكأنه أقيس، وانظر جواب ابن عتاب فى «الأول» لابـــن ســـهل فى مسائل المحجور عليه فكأنه يجيء بقول ثالث.

فصل

بيع الفضولى وفى الذى يبيع ملك غيره بغير إذنه قولان: أحدهما: أنه لا يصح ولا يجوز، والثاني: أنه يصح ويجوز، فإن أجازه صاحبه مـــضى وإلا فـــلا، وفى كتاب «الدعوى والإنكار» للرعيني: قلت لابن القاسم: أرأيت الرجل يبيع مال غيره وصاحب المال حاضر حتى بيع عليه أو استحل به فرج ثم ادعاه بعد ذلك؟ فقال مالك: كل ما بيع أو تصدق به وصاحبه حاضر ينظر حتى بيع أو تصدق به ثم أراد الدعوى فيه بعد ذلك فليس له ذلك لأن ذلك مكر وخديعة إذا كان فى بلد غير مقهور بالطاقة، وأما فى بلاد السائبة والغلبة فقد يكون ذلك بحـــضر ولا ينكر فلا يضره السكوت إذا كان مغلوباً راجياً الحجة أبداً عنـــدما يـــرى الأحداث فى ماله يشهد على ذلك، ويقول: المال مالى ولا أجيزه ولا أرضى فعل

غيرى فيه غير أنى مغلوب ولا أقدر على أخذه، قال: وأما إذا بلغه عن ماله أن بيع عليه فلم يقم بحدثان ذلك و لم يغير ولا أشهد عدولاً على الإنكار لذلك الفعل فذلك رضاً بالبيع وتسليم فيه، وقال مطرف: من أحدث فى ماله بيع أو هبة أو صدقة أو مقاسمة وصاحب الحق حاضر يعلم ذلك فلا يغير ولا ينكر، فلا حق له فيه بعد ذلك الإحداث، فإن ترك حتىّ طال فلا حق له ولا حجة فيما بيع من ذلك ولا فى ثمنه ولا فيما وهبه ولا فيما أصدقه النساء، وفى «المستخرجة» فى الرجل يباع عليه ماله وهو حاضر فلا يغير ولا ينكر ثم أراد بعد ذلك الرجوع فيه فلا سبيل له إليه وله أخذ الثمن، والمعنى فى ذلك -والله أعلم- إذا باعه وهو ينسبه إليه، وأما إذا باعه وهو ينسبه لنفسه وهو يقول: إنما أبيع مالى وشريكه فى ذلك المال ساكت لا يغير ولا ينكر ثم قام يطلبه بعد ذلك فلا سبيل له إليه وسكوته رضاً منه بدعوى البائع فيه وإقرار منه إليه بالملك أو يكون أراد المكر والخديعة كما قال مالك، فيلزمه ذلك إذا كان البائع لا سلطان له ولا قدرة له على الغضب، وكذلك إذا باعه وهو غائب وهو يدعيه أيضاً لنفسه فبلغ صاحب المال ذلك فلا يغير ولا ينكر ولا يشهد على ذلك عدولاً ثم قام يطلب بعد ذلك فلا سبيل له إلى ذلك ولا إلى ثمنه.

وسئل ابن زرب على رجل بيع ماله بمحضره و لم ينكر ذلك ثم قام يطلب نقض البيع فليس له نقضه، وإنما يقضى له بالثمن الذى بيع به، وسئل عن رجل بيع عليه ماله وهو غائب ثم علم بالبيع وسكت سنة أو سنتين ثم قام فيه، فقال: القيام له فيه واجب وليس هو كمن بيع عليه ماله وهو حاضر فهذا ليس له غير الثمن والبيع له لازم، وقال ابن بطال: قال لى أحمد بن عبد الملك فى الرجل

الذى لم يحضر البيع إذا علم وسكت يوماً أو يومين أو ما قرب فإنه له القيـام ويفسخ البيع ما لم تكثر الأيام فيلزمه قال ابن زرب: إذا بيع عليه ماله و لم يحضر البيع فهو مخير بين فسخ البيع أو أخذ الثمن ولا يضره سكوته لأنه يقول: أردت أن أستخير الله فيه وأشاور نفسي وإذا بيع بمحضره وسكت فلا خيار له وليس له إلا الثمن لأن سكوته رضاً منه بالثمن، وفى «إشراف» ابن المنذر: اختلف فى السلعة تباع وصاحبها حاضر لا يتكلم فكان الشافعى والنعمان ويعقـوب – رضى الله تعالى عنهم- يقولون: لا يزول ملكه عنها لسكوته، وقـال ابـن أبى ليلى: سكوته إقرار بالبيع، قال أبو بكر: والأول أصح، فإذا بلغ الغائب ذلـك وأراد البقاء على حجته.

فيكتب فى ذلك عقد: أشهد فلان على نفسه أن ابنه أو أخاه باع عليه ملكه أو داره بموضع كذا، وأنه غير ممضٍ لفعله، ولا راضٍ به، وطالب لحقه فى ذلك متى حضر إذ هو غائب عنه، وشهد على إشهاده بذلك فى كذا.

فصل فى بيع المضغوط والمكروه

ولا يجوز ما بيع تحت الضغط والإكراه وفى غير حق شرعى كالخارج ونحوه ويفسخ البيع إذا ثبت ذلك.

ويكتب فيه: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمون أن بيعه الدار أو الملك بكذا لفلان كان بالضغط والإكراه، وفى غير حق شرعى ثبت عليه، وأن المـشترى فلاناً علم بذلك تحققه من حال البائع فاشترى عنه وانعقد التبايع بينهما وهـو

مكر كما ذكر، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، ويعرفون من ذكـــر، وفى التاريخ.

بيان: إذا ثبت هذا فسخ البيع ورد المبيع بغير ثمن على صاحبه مسلما كـــان أوذميا قال ابن رشد فى كتاب «البيان» له: وإنما يرد على أهل الذمة ما اشـــترى منهم على وجه الضغط إذ كان الذى يطلبون به ويضغطون فيه ظلما أو تعـــدياً أو كانوا فقراء لا يلزمهم ما وجب عليهم حتى يسروا فيباع عليهم مالا يلزمهم بيعه كثوب يستترون به وشبهه، فهذا يلزم مشتريه رده إلى بائعه لأنه بيع عليـــه ظلماً فأما إن بيع فى حق واجب عليه تحت الضغط والإكراه فلا يرد عليه، وهو سائغ لمن اشتراه، وسبيل المضغوط من المسلمين على بيع متاعه فى غير حق سبيل الذمى فى رد ماله عليه بغير ثمن بل هو فى المسلم أشد لأن حرمته أعظم، قـــال ذلك ابن حبيب، وحكاه عن مالك -رضى الله تعالى عنه- من روايـــة ابـــن القاسم عنه ومطرف، وابن الحكم وأصبغ وسواء علم المشترى أنه مضغوط أو لم يعلم، قال ذلك ابن القاسم عن مالك فى «المبسوطة»، وسواء وصل الثمن مـــن المبتاع إلى المضغوط أو جهل هل أدخله فى منافعه للمضغوط فى ذلك أخذ ماله، وسئل فى ذلك فى موضع آخر، فقال: ليس ما تغير على القائم فى عقد الـــشراء بمبطل للاسترعاء الذى قام به لأنه من أضغط التزم بغير حق وإكراه بما يـــصح الإكراه به ثم أطلق تحت الضمان ليأتى بما أكره من المال فهل يخرج من الضغط بعد وبيعه فى تلك الحال بيع مضغوط، وقد اختلف أهل العلم فى بيع المـــضغوط بغير حق اختلافاً كثيراً، والذى أقوله من ذلك وأتقلده ما ذهب إليه ســـحنون ورواه عن مالك -رضى الله تعالى عنه- وهو أن يرد إليه ما باع من مال بعـــد

غرم الثمن الذى قبض إلا أن يكون المبتاع عالماً بضغطته فيتبع الضاغط بالثمن ويرد على المضغوط ماله بغير ثمن، فالواجب عندى أن يقضى للقائم بالدار التى قام بها ويرد الثمن الذى قبض فيها إلا أن يثبت على المقوم عليه أو على الذى ابتاع لها العالم بحال البائع من الضغط والإكراه فترد عليه الدار بغير ثمن ويتبع بالثمن الضاغط إلا أن يكون الذى ابتاع لها هو العالم بالضغط دونهما فيكون لهما الرجوع بالثمن عليه؛ لأنه هو الذى أتلفه عليهما بتعديه عليها فى ذلك، ولا يلزم أن يستفسر الشهود عن شيء من الوجوه إذا كانوا من أهل الانتباه والمعرفة وشهادتهم جائزة فى ذلك عاملة، وقال فى موضع آخر فى المضغوط: والسجن بمجرده عند أهل العلم إكراه فكيف بما وصفت من الإخافة والثقاف فى الحديد؟ فما قاطع به على نفسه من المال أو أشهد به لبعض الضامنين من التوكيل على بيع أملاكه فيما ضمنوا عنه غير لازم له ولا جائز عليه، وكذلك ما أشهد به بعد تسريحه من ارتجاع أملاكه وأمهات أولاده وتصييرها إلى الضامنين فيما ضمنوا عنه، وأن ذلك حق ثابت لا يجوز ولا يلزمه منه شيء لأن أمره فى ذلك عند أهل العلم محمول على الإكراه المتقدم فالواجب أن يصرف عليه جميع أملاكه من عند من وجدت عنده فما كان منها لأمهات الأولاد بقى لهن إلا أن ينتزعه على وجه يجوز له، وما كان منها حبساً أقر على التحبيس، وله أن يرجع بما أغرم من المال على من ولى أخذه منه صار ذلك إلى المتعدى أو لم يصر ولا رجوع للضامن عليه بشيء مما أدوه عنه للمدعى بضمانهم إياه وإن أثبتوا ذلك، وفى «مسائل ابن الحاج» فى امرأة بيعت عليها مملوكة تحت الإكراه والضغط فى مال التزمته بغير حق فقام ورثتها فيها على مشتريها فأثبت المشترى

أن الابتياع كان صحيحاً بعد الإكراه بنحو شهرين، واستفتى القاضي إذ ذاك من حضره من العلماء فأفتوه بأن بينة الإكراه أعمل، وأنه يجب صرف المملوكة على ورثة ربتها، وأفتى فيها أصبغ بن محمد أن الحكم بذلك نافذ ولا كلام فى ذلك للمبتاع ولو لم يحكم بذلك فيما سلف لوجب أن يحكم الآن بذلك، وقال مثله ابن رشد وابن الحاج.

فصل بيع الغبن

وبيع الغبن فيه اختلاف بين المالكيين فمنهم من يقول: لا قيام به قليلاً كان الغبن أو كثيراً، وبذلك قال الشافعي وأبو حنيفة –رضى الله تعالى عنهم- ومنهم من قال: يقوم به إذا زاد عن الثلث أو خرج عن العادة والمتعارف، ولم يحد مالك فى ذلك حداً، ويفسخ البيع إذا ثبت كان على البائع أو على المشتري.

ويكتب فى ذلك: عقد وقف شهوده من أهل البصر والمعرفة بالأملاك وقيمتها إلى الملك الذى باعه فلان من فلان ابن فلان بكذا ونظروه نظراً شافياً فرأوا أن قيمته كذا، وأن بيعه بالثمن المذكور غبن على المشترى أو على البائع أزيد من ثلث الثمن وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، فإن كان القائم بالغبن من أهل المعرفة بتلك السلعة وبسعرها فلا قيام له باتفاق، قال ابن رشد: وإنما يرد البيع على الاختلاف المذكور ما لم يفت، وقد قيل: إن للمبتاع أن يوفى تمام القيمة يوم البيع على الثمن ولا يرد المبيع، وإن كان قائماً ما لم يفت، وقيل: إنه يمضى له منه بقدر الثمن من قيمته يوم البيع ويرد الباقى، وهذه الأقوال قائمة من

«العتبية» لابن القاسم وسحنون فى سماعه وسماع أبى زيد، فإن فات البيع فليس له إلا ما بين القيمة والثمن الذى وقع به البيع باتفاق، ولا يقام بالغبن إلا فيما قرب كالعام ونحوه وإن كان له أكثر من ذلك فلا قيام له.

بيع صاحب المواريث للمتروك والموات وما يقطعه الإمام وبيع المنزل والمغصوب

توفى فلان فأحاط بميراثه فلانة وبيت المال لا غير، وانتهى ذلك إلى صاحب المواريث بموضع كذا فلان فبحث عن متروكه فكان منه جميع الدار أو الملك بكذا حدوده كذا فسوّق واجتهد فى تسويقه إلى أن بلغ ثمنه على آخر زائد فيه، وهو فلان كذا وكذا فأمضى صاحب المواريث مع الزوجة البيع فى جميع الدار المذكورة أو الملك من فلان المذكور بالثمن المذكور وأحضره المشترى ودفع لكل واحد منهما ما يجب له قبضه منه فقبضه، وأبرأ منه وصار حظ بيت المال بيد صاحب المواريث ليورده حيث يجب، وخلص بذلك للمبتاع تملك المبيع خلوصاً تاماً على السنة والمرجع بالدرك وهو عارف به وبصير، وشهد على صاحب المواريث والزوجة والمبتاع ثلاثتهم بما فيه عنهم من أشهدوه به، ويعلم صحة نظر صاحب المواريث المذكور واتصاله والسداد وثبوت موت المتوفى وإحاطة من ذكر بميراثه، وفى تاريخ كذا، فإن كان المبيع مواتاً.

فيكتب فى ذلك: عقد أنهى إلى صاحب المواريث بحاضره كذا فلان بن فلان أن الأرض الغامرة التى بموضع كذا حدودها كذا موات من موات المسلمين لا مالك لها ولا عامر، وثبت ذلك بواجب الثبت فأمر ببيعها والهتف عليها فى

مظان الزيادة فكان أقصى ما بلغته كذا على آخر زائد فيها وهو فلان فأمضى له البيع فى ذلك صاحب المواريث بالثمن المذكور، وأحضره ودفعه له فقبضه منه وصار بيده ليورده حيث يجب وأبرأ منه، وخلص بذلك للمبتاع تملك ذلك وحل فيه محل ذى المال فى ماله وذى الحق فى حقه على السنة، والمرجع بالدرك وهو عارف به وبصير، وشهد على صاحب المواريث والمبتاع المذكورين بما فيه عنهما من أشهداه به، ويعلم صحة نظره وثبوت ما ذكر فى المبيع والسداد فى بيعه بما ذكر فى كذا.

بيان: والموات إما أن يكون قريباً من العمران أو بعيد، فإن كان قريباً فلا يسوغ لأحد إحياؤه إلا بإذن الإمام أو باشتراء كما تقدم، فإن أحياه فهو له وليس لأحد أن ينزل عليه فيها ولا أن يخرجها من يده، وله أن يبيعها، وقال ابن العطار فى «وثائقه»: ليس له بيعها، قال ابن رشد: وهو خطأ، والصواب أن له بيعها ما دامت بيده، فإن تركها حتى تبورت وعادت إلى حالها فلا حق له فيها ولا يكون له بيعها إذ ذاك ومن أراد أن ينزل فيها فله ذلك. وللإمام أن يقطع الموات القريب من العمران على وجه النظر للمسلمين.

ويكتب فى ذلك: عقد أقطع أمير المسلمين فلان -أيده الله تعالى- فلاناً جميع الملك بكذا بموضع كذا حدوده كذا بحقوقه وحرمه ومنافعه إقطاعاً صحيحاً صار به ذلك مالا وملكاً من أملاكه لما رآه من النظر والغناء المذكور فى الإسلام، وقبل ذلك المقطع فلان، وشهد على إشهاد من ذكر بذلك فى كذا، ولا يحتاج فى هذا إلى حيازة لأنه حكم من أحكام الإمام وقيل: يفتقر إلى الحيازة، وله بيعه ومنعه ممن شاء ويرثه عنه ورثته، وفى كتاب «الاستغناء»: قال

الداودى: إن أقطعه على أنه أصله فهو له كما ذكر، وإن أقطعه على الانتفاع به فليس له إلا ذلك ولا يسوغ له بيعه.

فصل بيع المنزل والمغصوب

وفى بيع المنـزل والمغصوب ثلاثة أقوال: أحدهما: أن بيعه جائز مطلقاً من الغاصب وغيره، قال ابن الحاج: وبذلك كان يفتى ابن زرب، ويستدل بمسألة كتاب الصرف من «المدونة» إذا غصب جاريته ثم لقيه واشتراها منه، فقال ابن القاسم: البيع جائز وبمسألة كتاب الغصب إذا اغتصب منه جارية فباعها الغاصب من رجل ثم لقى صاحبها فاشتراها منه، فقال: البيعتان صحيحتان، والثاني: أنه يجوز بيعه من الغاصب دون غيره، وهو قول ابن القاسم أيضاً. والثالث: أنه لا يجوز بيعه من الغاصب ولا من سواه، وقال ابن رشد فى «مسائله» فى بيع المنـزل: يفسخ على كل حال سواء كان الإنزال على فائدة المال أو على أصل رقبته، قال: وهو بيع فاسد يفيته ما يفيت البيع الفاسد، نص على ذلك ابن حبيب فى «الواضحة»، وهو مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- وجميع أصحابه، فإن كانت الأملاك المبيعة بيد رجل منـزل فيه قد منع منها أربابها وحيل بينهم وبين استغلالها، وأثبت المبتاع أنه غارس فيها قبل قيام من باع عليه صح البيع فى ذلك بالقيمة بعد ارتفاع الإنزال بفواته بالمغارسة وإلا فسخ البيع إن لم تثبت المغارسة قبل القيام، ومن قال: إن ذلك يفسخ على كل حال ويرد إلى البائع قائماً كان أو فائتاً فقد أخطأ إذ من قول مالك فى العبد الآبق: يفوت بما يفوت به البيع، ولا فرق بين المسألتين لاستواء علة الفساد

فيهما وهو كون البائع لا يقدر على تسليمه فدخله الغرر،وقد كان بعض شيوخنا يجيزه ويقيم إجازة ذلك من كتاب الصرف والغصب من «المدونة»، وإن كنا لا نقول بذلك ولكنه يدل على فساد قول من يقول: إنه يفسخ فات أو لم يفت، وقال أيضاً فى ذلك موضع آخر من مسائله: إن أثبت القائم فى العقار أن البيع وقع فيها وهو فى يد المبتاع على سبيل الغصب والتسور عليه، وربه ممنوع منه غير قادر على إخراجه من يده لقدرته على الامتناع من أن يجرى عليه الأحكام فسخ البيع فيه ورد البائع الثمن، وإن كان العقار بيده وابتاعه بعد أن زال جاهه وأمنت سطوته وصار ممن تجرى عليه الأحكام فابتياعه منه جائز، وإن كان العقار بيده لم يصرفه إلى ربه، هذا الذى أختاره وأتقلده مما قيل فى ذلك.

ومن باع داره من رجل على أن ينفق عليه بقية عمره لم يجز وفسخ لم يفت فيفسخ بالقيمة ويرجع على البائع بما أنفق، وقال أشهب: إنه ينفذ ولا يفسخ، وكأنه على مذهب أشهب التزم ذلك سنين معلومة وهى أقصى مدة التعمير، وإلا فلا وجه له لأن الجهالة فى ذلك ظاهرة، ويلزم على قول أشهب أن يؤدى ذلك عاش أو مات، ويؤخذ من تركة المشترى إن مات.

القسم الثاني من المبيعات الحيوان

وهو رقيق، وغيره، فأما الرقيق: فيعقد البيع فيه على وجهين على السلامة من العيوب، وعلى البراءة.

ويكتب في الوجه الأول: عقد اشترى فلان من فلان مملوكه رومية اسمها كذا أو مملوكه سوداء جناوية أو بربرية اسمها كذا، وصفتها كذا بثمن مبلغه كذا يدفعه لأجل كذا، وقبض المشترى مشتراه بعد النظر والتقليب والرضا، وعلى الصحة والسلامة من العيوب إلا عيب كذا أو بعد العلم أن بها من العيوب كذا والسلامة مما عدا ذلك، وشهد عليهما بما فيه عنهما من أشهداه به في كذا، وبمحضر المملوكة وعلى عينها وإقرارها بالرق لبائعها المذكور إلى عقد هذا البيع، وفي التاريخ بيان فائدة من الاعتراف بالرق لأنه قد يثبت حرية والبائع عديم والعبد أو الأمة ذو مال فيرجع عليهما بالثمن، ففي كتاب «الاستغناء»: أنه لا قيام له بعد ذلك بالحرية إن ادعاها، وقولنا: على الصحة والسلامة بيان حسن، وإن سكت عنه فالبيع محمول على ذلك الوجه حتى ينص فيه أنه على البراءة، وحكم هذا البيع أن ما ألفى في المبيع من عيب أقدم من البيع رجع به.
قال ابن فتحون: والعيوب في الرقيق على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون متعلقاً به تعلق ثبوت كالشلل والقطع والكي ونحو ذلك
والثاني: أن يكون متعلقاً به تعلق انتقال كالجنون والبول في الفراش ونحو ذلك
والثالث: أن يكون بائناً عنه كالسرقة والإباق والزوج ونحو ذلك.

فالوجه الأول يرد به البيع فى الظاهر والخفى دون يمين إلا أن يكون المشترى نخاساً بصيراً بعيوب الرقيق كثير الاشتغال بهم فلا يرجع بالظاهر من ذلك، وفى رجوعه بالخفى قولان:

أحدهما: أنه لا رد له رواه ابن حبيب وغيره عن مال، والثاني: أنه يرده بعد أن يحلف ما رآه، قاله ابن القاسم إلا أن يكون مع بصره غير متهم لدينه فله الرد فى الظاهر والخفى دون يمين.

وأما القسم الثاني: وهو ما كان منتقلاً،والثالث: وهو ما كان بائناً فللمبتاع الرد منهما نخاساً كان أو غيره لتساويهما فى الجهل بذلك، فإن لم يثبت قدم العيب لزمت البائع اليمين فيحلف فى الخفى على العلم أنه ما يعلم بالعيب فى المبيع، وفى الظاهر قولان: أحدهما: أنه يحلف فيه على البت، قاله مالك وابن القاسم، والثاني: أنه يحلف على العلم، قاله أشهب، فإن نكل البائع عن اليمين حلف المشتري، قيل: على العلم فى الظاهر والخفي، وقيل: على البت فى الظاهر والعلم فى الخفى، وكلا القولين لابن القاسم، وقولنا: وقبض مشتراه ليرتفع النزاع فى ذلك وحضور العبد أو الأمة عند الإشهاد بالبيع قبض للمبيع، فإن ادعى بعد ذلك المبتاع أنه لم يقبض حلف البائع وسقط قيام المبتاع بذلك، فإن كان المبيع أمة من الوخش،

فيكتب فى ذلك ما نصه: وقبض المشترى مشتراه دون مواضعة إذ هى من وخش الرقيق والوخش ما قيمته دون الستين ديناراً والعلية قيمته الستون فأكثر وكذلك إن كانت صغيرة لا يوطأ مثلها بنت ثمانية أعوام أو نحوها فلا يحتاج

فيها إلى المواضعة،و يكتب فيها كما تقدم فى الوخش، وإن كانت من المرتفعات وإن كان المبيع أمةً من المرتفعات و لم تكن صغيرة كما ذكر أو كانت من الوخش وسيدها مقر بالوطء فيها فلابد فيها من الاستبراء والمواضعة ويجبران على ذلك.

ويكتب فى ذلك ما نصه: اشترى فلان من فلان مملوكة صفتها كذا بثمن كذا حال عليه إلى أن يبرأ منه بالواجب وتواضعا المملوكة على يد فلانة إذ هى من علية الرقيق أو من نساء وطء البائع وائتمناها عليها ووثقا بها فى استبرائها، وبعد أن رآها وقلبها فرضيها والتزمها، وعلى الصحة والسلامة من العيوب، وشهد على المتبايعين والأمينة بما فيه عنهم فى كذا، وسواء كان البائع ممن يتأتى منه الوطء أو لا يتأتى منه الوطء كالصبي والمرأة والخصى لابد من الاستبراء والمواضعة، وكذلك إن كانت الأمة آيسة من المحيض لابد فيها من الاستبراء، فإن كانت صغيرة فى سن من يوطأ مثلها ولا يمكن الحمل منها ففيها اختلاف، روى عن مالك وابن وهب: أنه لابد من الاستبراء فيها، وقال مطرف وابن الماجشون: لا استبراء فيها، وإنما تستبرأ من قاربت الحلم بل البلوغ وخشى منها الحمل ولا يجوز وضعها على يد رجل إلا أن يكون له أهل يستبرأ عندهم فيجوز.

ويكتب فى ذلك ما نصه: وتواضعا المملوكة المذكورة على يدى فلان للاستبراء لتكون عند أهله إلى أن يتم استبراؤها وتدخل فى الإشهاد، ولا يجوز تعجيل الثمن فى هذا إلا بطوع من البائع فإذا تم استبراؤها وقال الأمين ذلك

صدق، وتجزيء فى ذلك المرأة الواحدة وجب على المشترى دفع الثمن وتم البيع، وقيل: لا يجوز فى الاستبراء أقل من امرأتين اثنتين، وليس عليه عمل.

ويكتب فى ذلك: عقد أشهد فلان وفلان المتبايعان على أنفسهما أن الأمينة فلانة ذكرت لهما أن المملوكة المبيعة بكذا حاضت يوم كذا وصح استبراؤها فدفعتها إلى المشترى وقبضها وقبض أيضاً البائع الثمن وصار عنده، وأبرأ كل واحد منهما الآخر من التبعات فى ذلك بمحضر الأمينة المذكورة وموافقتها على ذلك، وشهد على الثلاثة المذكورين بذلك فى كذا، وإن كان الاستبراء بالأشهر ذكرت ذلك، وأنه انقضى أمد استبرائها وكمل لها ثلاثة أشهر من يوم ابتياعها إذ هى ممن لا تحيض، فإن كانت الأمة فى عظم دمها فيجزئ ذلك فى استبرائها.

ويكتب فى ذلك ما نصه: وقبض المشترى المملوكة مستبرأة إذ هى فى عظم دمها وعنفوان حيضها وتكمل العقد، فإن كان فى آخر حيضها ولم يبق منه إلا يوم أو يومان فلابد من الاستئناف استبرائها، فإن الثمن البائع المشترى على الاستبراء نفذ ذلك إلا أنه يكره.

ويكتب فى ذلك فى وثيقة الشراء ما نصه: ودفع البائع إلى المشترى المملوكة المبيعة وأئمنه على استبرائها ووثق به فى ذلك فقبضها منه وصارت عنده على الوجه المذكور وتكمل العقد، وللبائع عند ابن القاسم أن يبدو له فى ائتمان المشترى على الاستبراء، ويجعلها بيد أمي، فإن ارتفعت حيضة الجارية المتواضعة وقفت خمسة وأربعين يوماً، فإن تمت ولم يأتها الحيض ردت على البائع إلا أن

يرضى المشترى بتوقيفها حتى تبلغ تسعة أشهر فله ذلك، فإن حدث بها استحاضة فى استبراء ففى ذلك قولان:

أحدهما: أنها لازمة للمشترى، وذلك عيب حادث بعد تمام الاستبراء، والثاني: أن له الرد بذلك، قال ابن حبيب: فإن ظهر بها حمل فى مدة الاستبراء وقال المشتري: إذا لم يكن الحمل منك فأنا ألتزمها به فله ذلك، وله الرد إن شاء، ولا خيار للبائع إلا أن يقر بوطئها فيلزمه وتكون له به أم ولد، وما كان على الجارية من ثياب رفيعة أو حلى فهو للبائع، وما كان عليها من ثياب لباسها ومهنتها فهو للمبتاع إلا أن يشترط انتزاع ما عليها، وأن يدفعها له فى ثياب خلقة فذلك، وإن اشترط بيعها عريانة فقال مالك: البيع جائز ويقضى عليه بما يواريها، وروى عيسى عن ابن القاسم فى «المدونة» أن الشرط لازم والبيع عليه جائز، قال ابن رشد: وبذلك مضت الفتيا فى الأندلس.

وعهدة الثلاثة وعهدة السنة كان يعمل بهما فى الرقيق بالمدينة وهى أن ما يحدث بالمبيع فى ثلاثة أيام من تاريخ التبايع من عيب أو موت أو جناية فهى من البائع، وما حدث به بطول سنة من الأدواء الثلاثة، الجنون والجذام والبرص فهو من البائع وللمشترى أن يتمسك بذلك إن شاء، قال أشهب عن مالك –رضى الله تعالى عنه– ولا يلزم أهل بلد من سائر الآفاق، ولا أرى أن يحملوا عليها وليتركوا على حالهم إلا أن يكون عرفهم وعادتهم فيحكم بها عليهم، وروى المصريون أن السلطان يحملهم عليها، وتلزمهم، وروى المدنيون أنها تلزم أهل كل بلد وإن لم يعرفوها ولا جرت عادتهم بها، وأما من اشترط ذلك فإن كان فى بلد عرفهم البراءة فهى لازمة على كل حال، وإنما الخلاف فى البيع إذا وقع

منهما وسكت عنها، وهذا إنما يكون في البيع على وجه المتقدم، وأما إن كان على البراءة فلا يكون فيه شيء من ذلك.

فصل

والبيع على الوجه الثاني وهو على البراءة جائز في الرقيق عند الجمهور.

ويكتب في ذلك: عقد اشترى فلان من فلان مملوكة اسمها كذا وصفتها كذا بثمن كذا، وتبنى على ما تقدم في الثمن والاستبراء وغيره، ثم تقول: وبعد أن رأى المبيع وقلبه وعلم أن من عيوبه كذا فرضيه والتزمه على البراءة مما عدا ما سمي من العيوب أو على البراءة من جميع العيوب وشهد في كذا.

بيان: المبيع على البراءة فيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه جائز في كل شيء وهو قول ابن وهب، ورواية ابن حبيب عن مالك والثاني: أنه لا يجوز في شيء من الأشياء، ولا يبرأ إلا مما يقف المشترى عليه، ذكره القاضي عبد الوهاب، والثالث: أنه جائز في الحيوان مطلقاً وهو في «الموطأ»، والرابع: أنه يجوز في الرقيق خاصة، وهو في «المدونة»،وإليه رجع مالك، وعليه جمهور أصحابه وروى عن مالك -رضي الله تعالى عنه- أنه لا تكون البراءة إلا في العيب الخفيف وقال المغيرة: إن جاوز ثلث الثمن فلا تجوز البراءة منه، وبما في «المدونة» القضاء، وما باعه السلطان بأمره في تفليس أو قضاء دين أو على صغير أو غير ذلك فهو بيع براءة، وإن لم يشترطه في كل شيء، وروى ذلك ابن حبيب عن مالك، وهو قول مطرف وابن الماجشون وأصبغ

وغيرهم، وقيل: إنما ذلك فى الرقيق خاصة وهو قول ابنَ القاسم وروايته عن مالك، وما باعه الوصى على الورثة فلا يكون بيع براءة إلا أن يشترطوا ذلك فيما تجوز فيه البراءة، وقيل: إن بيعهم بيع براءة فى كل شيء إن لم يشترطوه وحكم بيع البراءة أنه إذا اطلع المشترى على عيب فى المبيع فإن أقر به البائع أو ثبت أنه علم به قبل البيع رجع به وانفسخ البيع، وإن لم يكن علم به حلف على ذلك ولزم المشتري، قال ابن العطار: ويحلف فى العيب الخفى على العلم، وفى الظاهر على البتّ، قال محمد بن عمر بن الفخار: يحلف على العلم فى الظاهر والخفي، وإنما يفترق ذلك فيما بيع بالعهدة. قال ابن رشد: ولا خلاف فى ذلك، وإنما كان ينبغى أنه كان يفرق بينهما هنا أو يفرق بينهما بأن يقال: يحلف فى الظاهر على العلم، ولا يمين عليه فى الخفي، فإن كان العيب مما يقدم ويحدث قال بعضهم: فالوجه أن يقال للبائع احلف أنك لم تعرفه ولا تحتاج أن تثبت قدم العيب، وهو قول ابن القاسم فى «العتبية»، وقيل: لا يحلف حتى يثبت قدم العيب وهو قول ابن حبيب فى «الواضحة»، ومثله فى «كتاب ابن المواز»، وسواء قال المبتاع إن البائع علم بالعيب أو سكت أو قال: لا علم لى هل علم بذلك أم لا اليمين واجبة فى ذلك على المشهور من المذهب، وروى يحيى عن ابن القاسم أنه لا يمين عليه حتى يدعى علمه بالعيب، فإن نكل البائع عن اليمين رد عليه المبيع و لم ينتقل اليمين إلى المبتاع منه ملك، وروى عن ابن القاسم أن المبتاع يحلف على علمه فإن اشترط سقوط اليمين عنه فى ذلك فله شرط ولا يمين عليه، قال بعض الشيوخ: ومن لم ير اشتراط سقوط اليمين فى التصديق فى القبض ألزم اليمين هنا على كل حال، ولا تجوز البراءة إلا فيما طال مكثه عند

البائع واختبره، فأما ما لم يطل مكثه فإن مالكاً وأصحابه كرهوا بيعه بـــالبراءة، فمرة قال: إذا وقع مضى ومرة أبطل البراءة، وكذلك لا يجوز له أن يتبرأ مـــن بعض العيوب دون البعض، وإنما سنة البراءة أن يتبرأ من جميع ما لم يعلم مـــن العيوب فما كان خلاف ذلك فليس من سنة البراءة.

فصل بيع الحيوان غير الرقيق

وأما الحيوان غير الرقيق فيكتب فيه: عقد اشترى فلان من فلان فرساً نعته كذا أو حماراً لونه كذا أو كذا رأساً من الضأن أو من المعز مختلفـــة الأســـنان والألوان، بين صغار وكبار، ذكور وإناث، أو بقرة صفتها كذا بثمن كذا قبضه البائع أو لأجل كذا، وقبض المشترى مشتراه بعد التقليب والرضا والعلم بأن من عيوبه كذا فرضيه والتزمه وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: إن ادعى المبتاع أنه ابتاع الدابة بسرجها ولجامها وأنكره البائع تحالفـــا وتفاسخا فى قول ابن القاسم ما لم يفت، وإذا لم ينص فى العقد علـــى قـــبض المشترى للدابة فليس حضورها بموجب لأن يكون القول قول البائع فى ذلـــك كالرقيق، وعلى البائع إقامة البينة بالدفع إن أنكر المشترى قبضها، فإن لم تقـــم بينة حلف المبتاع أنه لم يقبضها واسترجع الثمن، فإن كان مقودها فى يد المبتاع حين البيع وانفصلا على ذلك فلا كلام له بعد ذلك، قال ابن فتحون: وله مـــع ذلك إحلاف البائع أنه دفعها لاحتمال أن يكون قدم على بيعها فغيبـــها لـــيرد الثمن وينفسخ البيع، ويجوز للبائع استثناء ركوب الدابة أو سخرة الثور أو نحو ذلك اليوم واليومين، فإن اشترط أكثر من ذلك فلا خير فيه وهـــو فى ضـــمان

البائع حتى يقبضها المبتاع، وكذلك لا يجوز للبائع أن يشترط على المشترى أن تبقى الدابة رهناً فى الثمن إلى أجله، وكذلك سائر الحيوان والعروض والبيع على ذلك مفسوخ، روى ذلك ابن وهب عن مالك فى الحيوان، وقاله ابن القاسم فى العروض، قال ابن رشد: وذلك جائز فى الأصول كلها لأنه يجوز أن تباع على أن تقبض إلى أجل، قال: فإن وضعت هذه الأشياء التى لا يجوز ارتهانها عند بيعها على يدى عدل كان ذلك جائز، وقد قيل: إنه لا يجوز أن يبيع الرجل شيئاً من الأشياء على أن يكون رهناً بحقه إلى الأجل، وإن وضع ذلك على يدى عدل، وهو قول أصبغ ورواه عن أشعث من سماع سحنون، ولا يجوز أن يبتاع الرمكة أو البقرة على أنها حامل، وكذلك الحمارة وغيرها من الحيوان وكأنه وقع للجنين حصة من الثمن، قال ابن فتحون: وروى عن أشهب فيمن ابتاع بقرة على أنها حامل إن لم يجدها حاملاً فله ردها، ومحمل ذلك عند الشيوخ فى الظاهرة الحمل يوم البيع، وأما إن لم يعلم ذلك إلا بقول البائع فالبيع فاسد وأما الأمة إن كان الحمل بها ظاهراً فالبيع فيها جائز فى العلية والوخش، وإن لم يكن ظاهراً جاز فى الوخش دون العلية لكثرة الغرر فى العلية،ولا يسوغ اشتراط الحمل فى البيع على حال وإنما هو داخل بنفس العقد، وإذا كانت الأمة حاملاً قد قربت للوضع فيجوز بيعها على الأصح، وكذلك المريض المخوف بخلاف من فى السياق فلا يجوز بحال، وتجوز المعارضة فى الحيوان كله الرقيق وغيره وابتياع بعضهم ببعض رأساً برأس أو أكثر من ذلك بزيادة عين أو غيره ودون زيادة، وكذلك يجوز تصييره فى الديون إلا ما كان من الرقيق لابد فيه من المواضعة فلا يجوز فى التصيير أنه يدخله الدين بالدين وكذلك يجوز بيع الحيوان

كله الآبق والغائب من الرقيق على الصفة أو على رؤية متقدمة، فإن كانت الصفة من غير البائع جاز، وإن كانت من البائع فلا يجوز إلا بشرط النظر إليه بعد ذلك، والرؤية كذلك لا تجوز إلا أن تكون فى مدة لا يتغير فيها المبيع وإلا لم تجز، وإن جاء على خلاف الصفة فالمشترى مخير فى الفسخ والإمضاء فإن ادعى المبتاع أنه تغير عما علمه وأنكر البائع فقال ابن القاسم فى «المدونة»: القول قول البائع مع يمينه، وقال أشهب: القول قول المبتاع، والآبق إن كان بمكان معلوم جاز بيعه كذلك وإلا فلا، فإن كانت فيه خصومة فقال سحنون: لا يجوز بيعه، وأجاز غيره بيع ما فيه الخصومة من الأصول وغيرها، والضمان فى ذلك على البائع إلى أن يقبضه المشتري، وقيل: عكسه، ولا تجوز الإقالة فيه عند مالك وابن القاسم لأن الثمن قد ثبت عليه، فلا يجوز أن يصير فيه شيئاً غائباً لا يتنجز قبضه ويدخله الدين بالدين ويجوز بيعه من غيره إذا لم ينتقد، ولا يجوز أن يفرق بين الأمة وولدها الصغير فى البيع بخلاف غيرها من الحيوان، فإن وقع ذلك، فقيل: يفسخ البيع وقيل: يجبران على جمعهما فى بلدة، وبذلك القضاء، فإن رضيت الأم بالتفرقة ففى ذلك قولان، واختلف فى الحد الذى يجوز فيه ذلك، فقيل: الإثغار وهو نبات رواضع الصبى بعد سقوطها وهى رواية ابن القاسم وبها القضاء، وقيل: البلوغ فى الذكر والأنثى،وقال ابن عبد الحكم: لا يفرق بينهما وإن بلغ، فإن كان التفريق بهبة أو غير ذلك مما لا عوض فيه فكذلك، وقيل: إن جمعا فى حوز واحد جاز وهو قول مالك فى «المدونة»، وكذلك الرهن إذا جمعهما فى حوز المرتهن،ويجوز بيع كلب الحرث والماشية وفى كلب الصيد والسباع قولان، وعلى من قتل الكلب المأذون فى اتخاذه قيمته،

وأما غير المتخذ من الكلاب فلا يجوز فيها بيع ولا شراء، واختلف فى جلد الميتة فأكثر العلماء على أن الدباغ يطهره طهارة كاملة يجوز بها بيعه والصلاة عليه وهو قول الشافعى وأبى حنيفة -رضى الله تعالى عنهم- وأحد قولى مالك، وقول ابن وهب من أصحابه والمشهور من مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- وجمل أصحابه أن الدباغ لا يطهره طهارة كاملة لكنه يجوز استعماله فى اليابسات والماء وحده من المائعات، ولا يباع عنده، ولا يصلى عليه، وسواء كانت الميتة من جنس ما يؤكل لحمه كالأنعام أو ما لا يؤكل لحمه كالحمر الإنسية الحكم فى ذلك واحد عند مالك -رضى الله تعالى عنه- وأما جلد الخنزير فهو نجس عند كافة العلماء وإن دبغ، وقال داود بطهارتها إذا دبغ لعموم الحديث،ويجوز بيع الشاة أو البقرة، ويستثنى البائع الثلث منها باتفاق، واستثناء ثلاثة أرطال من الشاة فأدنى، وإلى ذلك رجع ابن القاسم بعد منعه، فإن أبى المشترى من الذبح أجبر عليه، ولا يجوز أن يعطى فى ذلك لحماً من غيرها على الأصح، ولو استثنى الجلد أو الرأس ففى ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك جائز مطلقاً، والثانى: أن ذلك لا يجوز مطلقاً، والثالث: وهو المشهور أن ذلك يجوز فى السفر دون الحضر، ولا يجبر على الذبح وعليه القيمة، فإن مات هذا المستثنى منه قبل الذبح، فقيل: يضمن المشترى ذلك مطلقاً، وقيل: يضمن الجلد والرأس دون ما استثنى من اللحم وغيره.

العيوب في الرقيق وغيره، والرد بها

كل عيب ينقص من الثمن فالرد به واجب -كان متعلقاً بالمبيع كالجذام وشبهه أو بائناً عنه كالسرقة ونحو ذلك- فإن كان العيب مما لا يكفى فى تحققه الإخبار عنه كالإباق الفاحش والشجة التى لها عمق والدبرة المجوفة فلابد من تبيين ذلك والوقف عليه، ولا يكفى أن يسمى له العيوب حتى يريه إياها ويقف عليها المشتري، وكذلك لا ينفعه أن يتبرأ من كل شيء، ولا يسمى شيئاً حتى يسمى العيب ويقف عليه المشتري، وإذا كان عقد البيع أنه قلب ورأى فإنه يقوم بالخفي ولا قيام له بالظاهر وإن لم يشهد عليه بذلك فله القيام بالظاهر والخفي، فإن تبرأ إليه بالعيب بعد انعقاد البيع، فإن كان ظاهراً بالمبيع واراه إياه فالمشترى بالخيار بين أن يلتزمه أو يرد المبيع وإن كان خفياً ولا سبيل له إلى رؤيته فلا يلزم المشترى وله القيام متى عثر عليه بعد ذلك، وقيل: تؤخذ منه قيمته ويوقف إلى أقصى ما يتبين فيه العيب، قال ابن مغيث: وهذا القول ليس بشيء، قال: أراد المشترى بعد ذلك الرجوع فيه فليس له ذلك إلا أن يستمر البائع على الإقرار به ويشهد فى العيوب أهل المعرفة بها عدولا كانوا أو غير عدول، ويقبل فى ذلك أهل الكتاب إذا لم يوجد سواهم، هذا هو المشهور من المذهب المعمول به.

ويكتب فى ذلك: عقد وقف شهوده من أهل البصر والمعرفة بالدواب وعيوبها إلى الفرس المبيع بكذا أو أهل المعرفة بالرقيق وعيوبه إلى المملوك المبيع بكذا، ونظروا إليه فرأوا به عيب كذا، وظهر لهم أن ذلك عيب فاحش ينقص

من ثمنه، وأنه أقدم من أمد التبايع ومما يخفى عند التقليب، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

بيان: إذا كان الشاهدان فى ذلك قد نصبهما القاضى لذلك شهدوا عنده بنص العقد المذكور وأراد البائع أن يعذر إليه فى شهادتهما ويدعو غيرهما إلى الشهادة فى ذلك عند القاضى فليس له ذلك، ويجزئ فى ذلك الواحد إذا كان القاضى هو الذى وجهه والاثنان أولى، وقال محمد: لا يرد من العيوب إلا ما أجمع عليه عدلان من أهل البصر، قال ابن الماجشون: إذا كان المعيب حياً حاضراً فيجزئ فيه ما ذكر قبل هذا، وإن كان ميتاً أو غائباً فلا يجزئ ولا يثبت ذلك إلا بشهادة اثنين عدلين، وإذا كان الطبيبان لا يعرفان القيمة فيشهد الطبيبان بالداء، ويشهد عدلان من أهل المعرفة بالقيمة بنقص الثمن، وإذا كان الداء فينظرون إليه، ولا يحتاج إلى النساء، فإن ذهب البائع عند الرجوع عليه بالعيب إلا إحلاف المشترى أنه ما رضى بالعيب بعد علمه به ولا استخدمه فلا يمين عليه إلا أن يدعى عليه بذلك، وإذا وجد العيب بالدابة فى السفر فهل له أن يركبها فى رجوعه أو يحمل عليها أم لا؟ فى ذلك قولان:

أحدهما: أن ذلك له، وليس عليه فى ركوبها شيء وله الرد وهى رواية ابن القاسم عن مالك، والثاني: أنه إن فعل ذلك بعد علمه بالعيب فلا رد له، وهو قول أشهب وابن عبد الحكم، ورواية أشهب عن مالك -رضى الله تعالى عنه- فإن فعل ذلك فى الحضر لزمته عند ابن القاسم وغيره إلا أن يركبها ليردها، وقال ابن حبيب فى «الواضحة» للحاضر ركوب الدابة بعد علمه بالعيب واستخدام العبيد إلى أن يقضى له بالرد لأن عليه النفقة والضمان بخلاف الثوب

يلبسه والأمة يلتذ بها فليس له ذلك، قال الشيخ أبو محمد: وذلك خلاف قول ابن القاسم وأشهب وغيرهما، وإذا قام المشترى على البائع بعيب وقد بقى له من الثمن فقال له: أد بقية الثمن وحينئذ أحاكمك، ففي نذور شرح «العتبية» أنه يدفع الثمن ثم يحاكمه فى العيب إلا أن يكون شيئاً ينقضى من ساعته، وفى كتاب «الاستغناء» أنه إن كان العيب ظاهراً إلا يكون فى القيام به تطويل لم يزن حتى يحاكمه ولا يأخذ عليه حميلاً، وإن كان العيب خفياً مما لا يعلم بالقرب حكم عليه بالوزن ثم يحاكمه، فإن قضى له رجع فى دراهمه إلا أن يخاف أن يتلفها ولا يوجد له شيء فتجعل بيد أمين حتى يقضى له أو عليه، وقال بعض المفتين: لا يقضى له بشيء حتى يحاكمه، فإن قام عليه بعيب فأنكر البائع البيع فإنه تلزمه اليمين أنه ما باع منه، فإذا حلف أثبت المشترى البيع والعيب، قاله ابن رشد، فإن اختلفا فى تاريخ الشراء فالقول قول المشتري، وقيل: قول البائع، فإن فات المبيع بعتق أو صدقة أو غير ذلك من وجوه الفوت يرجع بقيمة العيب، فإن فات بالبيع ففى ذلك ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك فوت ويرجع بقيمة العيب والثاني: أنه لا شيء له، والثالث: أنه أن نقص من قيمته لأجل العيب رجع بأقل من قيمة العيب أو بقيمة الثمن، فإن باعه من بائعه رجع عليه بما نقصه من الثمن إن كان نقص وإلا فلا رجوع، وإن باعه بعد علمه بالعيب فلا رجوع، وفى الوطء فى البكر والثيب، قولان أحدهما: أنه ليس بفوت ويرد فى البكر ما نقصها، والثاني: أنه فوت فيهما وكانت الفتيا بقرطبة فى الذى يشترى الجارية فيجدها بكراً أنها إن كانت من علية الرقيق ردها لأنه لا يعلم ما يحدث بها عند الاقتضاض، وإن ابتاع على أنها بكر فوجدها مفتضة ردها إلا أن

تكون من وخش الرقيق الذى هو دون الوسط فلا ترد لأن العذرة لا تـؤثر فى أثمانهن، وإذا اشترط المشترى بكراً فيمن تؤثر فيها العذرة فزعم أنه ألفاها ثيبـاً نظر إليها النساء، فإن رأين بها أثراً قريباً حلف البائع ولزمت المبتاع وإن قلنا أنه قديم حلف المبتاع وردها، وقيل: يقضى فى ذلك بشهادة النساء دون يمين فـإن ظهر بها حمل فهو عيب من العلية دون الوخش عند ابن القاسم، وقال أشهب: هو عيب فيهما، قال ابن رشد: ولا يتبين الحمل فى أقل من ثلاثـة أشـهر ولا يتحرك تحريكاً بيناً يصح به القطع على تحريكه فى أقل من أربعة أشهر وعـشر، فإذا شهد النساء أن بها حملاً بيناً لا يشكون فيه من غير تحريك ردت فيما دون ثلاثة أشهر ولم ترد فيما زاد على ذلك لاحتمال أن يكون حادثاً عند المشتري، وإذا شهدت أن بها حملاً يتحرك ردت فيما دون أربعة أشهر وعشر ولم ترد فيما زاد على ذلك لاحتمال أن يكون حادثاً عند المشتري، وإن ردت فوجد الحمل باطلاً لم ترد إلى المشترى إذ لعلها أسقطته وكتمته، قال بعضهم: ومن ابتاع دابة من رجل من أهل بلدة المشترى ثم ظهر أنه ليس منها فأراد فسخ البيع أو أخـذ حميل فيما أدركه من عيب أو غيره لم يكن له ذلك، ومن ابتاع جارية من غير أهل موضعه ودفع له الثمن على الطوع ثم أراد بعد ذلك أن يتخذ عليه حمـيلاً فليس له ذلك لأنه ائتمنه عليه، وإن قال: أخاف أن يهرب به، وفى «مسائل ابن الحاج»: كان بعض الفقهاء يفتى فى الذى يبتاع الثور الحراث فى العصير فلمـا كان وقت الزريعة وجده لا يحرث: أنه لا يرده بخلاف لـو اشـتراه فى أمـد الزريعة، ويحتج عليه بما فى «المدونة» فى الذى يشترى شاه لبن فى غير إبان اللبن ثم يأتى إبان اللبن فيحليها فلا يرضى حلابها أنه ليس له أن يردها بخـلاف مـا

أشترى فى إبان اللبن وخالف غيره فى ذلك، وإذا رد المبيع بعيب فإن السمسار يرد الأجرة، وقيل: إن علم بالعيب فغر به ردها باتفاق وإلا فلا، وكـذلك إن استحق المبيع رد ما اخذ لأن البيع لم يتم، قاله ابن عيشون وغيره، وفى «المؤلفة» لابن لبابة: الباروك يجرى مجرى الدلالة، ولا بأس به إذا أعطى عن طيب نفـس وأجرة الدلالين فيما باعوه من ميراث أو غيره على السواء لقول ابن القاسم فى القسامين، وقيل: على قدر الانصباء.

وفى «مسائل ابن الحاج» سئل فى رجل دفع رمكة إلى نخاس فى سوق الدواب فسوقها ثم ردها إلى الحبل فضاعت، قال: يظهر لى أن لا ضمان عليه، وقد قال فى «المدونة»: هم كالأجراء ولا وجه لقول من قال: أنه يضمن، ولابد من يمين النخاس أنه ما فرط ولا ضيع، وحينئذ يبرأ،وإن ثبت عليه تضبيع فيلزمه الضمان من أجل ذلك.

ويكتب فى رد المبيع بالعيب عقد: لما قام المبتاع فلان على البائع فى الجارية أو الدابة المبيعة بكذا بعيب كذا الثابت فوقه ولم يكن للبائع فيه مقال إذ لم يتبرأ به إلى المشترى وترافعا إلى من وجب فى شأن ذلك وجب للمبتاع الخيـار فى التمسك أو الرد فاختار الرد وصرف المبيع على البائع، وانحل التبـايع المنعقـد بينهما وسقط عن المشترى الثمن إذا كان موخر الأجل كذا ودفع المبتاع المبيع إلى بائعه وقبضه منه على الصفة التى كان عليها حين المبيع، ولم يبـق بينـهما بسبب ذلك كله تبعة وشهد عليهما بذلك فى كذا.

فإن كانت الدابة قد عجفت فذلك فوت وللمبتاع الزجوع بقيمة العيب أو يردها وما نقصها العجف، وكذلك إن نقصت من دبر أو غيره أو نقص العبد أو الأمة بوجه من الوجوه، والقول قول المبتاع أنها على حالتها حتى يثبت خلاف ذلك ولا شيء عليه فيما سخر قبل ذلك ولا فيما استعمل من ركوب وغيره إذ الخراج بالضمان، وكذلك ما أخذ من الشاة أو البقرة من اللبن، وإن كان فى ضرعها حين البيع أو فائداً فلا شيء عليه فيه باتفاق إلا ما جز من الصوف الذى كان على ظهرها حين البيع ففيه اختلاف، وكذلك اختلف إذا اشترى ذلك حاملاً فولدت عنده فإنه يرد الولد إن كان حاضراً وإن كان باعه رد ثمنه أو قيمته إن كان أكله قال ذلك ابن القاسم، وقال ابن كنانة: من اشترى شاة حاملاً فأكل سخلتها ثم أراد ردها بعيب فإن له أن يرجع بقيمة العيب أو يردها وما نقص من ثمنها يوم ابتياعها فأوجب عليه نقص الولادة و لم يوجب عليه للولد قيمة. وقال عيسى عن ابن القاسم: إنه يرد الأمة وقيمة ولدها، وكذلك الأصول وغيرها لا يرد ما استفاد فيها أو سكن أو قبض من كراء أو غيره وهو له بالضمان، فإن كان فى ذلك ثمرة لم تؤبر أو زرع لم يظهر فإنه يرده ويأخذ أجر ما سقى وعالج، وقال محمد: إن بدا صلاح الثمرة المأبورة أو الزرع الظاهر فإنه يرده لأنه قد وقعت له حصة من الثمن، فإن كان قد جذ ذلك رده بعينه عند ابن القاسم، وإن أتلفه رد مكيلة الطعام أو قيمة ذلك إن جهلت المكيلة الطعام أو قيمة ذلك إن جهلت المكيلة أو جذ الثمرة رطبة، وقال أشهب: لا يرد شيئاً من ذلك وهو له بالجذ، وما تلف من الثمرة قبل الجذاذ أو الصوف قبل الجز أو مال العبد أو غير ذلك ثم وقع الرد فلا شيء على المبتاع فى

ذلك، والعيب الذى لا يطلع عليه إلا بعد تغير المبيع كسوس الخشب ونحوه لا يرد به على المشهور لأنهما دخلا عليه، وفى الجوز والتين ونحوهما قولان.

أحدهما: أنها مثل ذلك فلا يرد به والثاني: أنه إن أمكن اختباره بكسر البعض فإنه يرد به.

القسم الثاني من المبيعات ما ليس بأصل ولا حيوان

وهو أصناف:

الأول: والطعام، ولا يجوز بيع المأكولات كلها بعضها ببعض إلا يداً بيد ويحمل ذلك عند مالك وأصحابه محمل الصرف فقد قال فيمن باع تمراً فى رؤوس النخل بحنطة إن جذ الثمرة ووقع التقابض فى الحنطة والتمر قبل أن يفترقا جاز، وإلا فلا، وقال فيمن أتى بحنطة إلى البياع ليبتاع بها خلا أو زيتاً فيكتالها ويدخل الحانوت ليخرج الخل منه أو الزيت: أنه لا خير فيه، قال: ولكن يدع الحنطة عند صاحبها حتى يأخذ ويعطي، وفى «مسائل ابن رشد»: لا يجوز للمتبايعين بالطعام أن يعقد البيع بينهما قبل إخراج الطعام وإحضاره، فإن فعلا ذلك فهو ربا يجب ردها إلا أن يقرب فيمضى على كراهه. وأما المساومة من غير عدة فلا بأس بها، ولا مكروه فيها إلا أن يتواعدا على إتمام البيع على تلك المساومة ثم يعقدا البيع بعد حضور الطعام على تلك المساومة المتقدمة ويتناجزا البيع فيكون ذلك مكروهاً ولا يبلغ به الفسخ، قال: هذا الذى ينبغى أن يحمل ما فى الكتاب عليه، ولا حجة لمن أجاز ذلك بمسألة الصرف لأن الطعام المقصود

عينه بخلاف الدراهم فليس المقصود أعيانها فلذلك استخف عقد الصرف، وإن لم تكن الدراهم فى ملكه حين الصرف إذا اتصل التناجز بذلك، والقياس قول أشهب أن ذلك لا يجوز ويحرم التفاضل فى الجنس والواحد من المقتات المدخر من ذلك باتفاق فى مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- كالحنطة والشعير والسلت والأرز والدخن والذرة والقطانى التمر والزبيب واللحم والملح والزيتون والبصل والثوم والسكر والعسل ونحو ذلك مما اجتمع فيه الوصفان وتردد فى التين لأنه غير مقتات بالحجاز وما يوجد فيه احد الوصفين فاختلف فيه كاللوز والعنب الذى لا يتزبب، والرطب الذى لا يتتمر ونحو ذلك، وفى البيض روايتان، والتوابل كالفلفل والكزبرة والأنيسون والشمار والكمونين، قال ابن القاسم: مطعوم يصلح للقوت مدخر، وقال أصبغ: دواء، المشهور أن اللبن ربوي لأن دوام وجودة كادخاره، وأن الماء ليس بربوي ومالاً يوجد فيه شيء من الوصفين المذكورين فيجوز التفاضل فى الجنس الواحد منه باتفاق وذلك كالبطيخ والكمثرى ونحو ذلك من الفواكه التى لا تبقى والخضر كالباذنجان والخس وسائر البقول، وكذلك ما يدخر منها فى النادر كالسفرجل ونحوه وللأدوية كالأجاص، ولا يحرم أيضاً فى الجنسين المختلفين من المطعومات كلها باتفاق والجنس الواحد هو ما أشبهت منافعه وتقاربت، فأصناف القمح كلها جنس واحد، وألحق به الشعير والسلت على المشهور لتقارب منفعتها فى القوت والأرز والذرة والدخن أجناس على المشهور، وفى القطانى ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها كلها أجناس، الثاني: أنها جنس واحد، والثالث: الحمص مع اللوبيا وجنس البسيلة والجلبان جنس الكربستة قيل: إنها من القطاني، وقيل: لا،

وأصناف الثمر كلها جنس واحد، وأصناف الزبيب كلها جنس واحد ولحوم ذوات الأربع كلها جنس، ولحم الطير كله جنس، وأصناف الحوت ودواب الماء كلها جنس واحد والألبان كلها جنس واحد، واختلف فى التوابل على القول بأنها ربوية، فقيل: إنها جنس، وقيل: أجناس وهو المشهور، وقال ابن القاسم: الكمونان جنس والأنيسون والشمار جنس، واختلف فى الأخباز المختلفة الحبوب وفى الخلول المختلفة، فقيل: أجناس وقيل: جنس واحد والصنعة فى الجنس الواحد متى كثرت أو طال الزمان كالخل مع الزبيب صارا جنسين، والمذهب أن الطحن والعجن غير مؤثر، ولا يجوز بيع رطب بيابس من جنسه كالرطب بالثمر لا متماثلاً ولا متفاضلاً للغرر،ونهى عن بيع اللحم بالحيوان، ومحله عند مالك -رضى الله تعالى عنه- على الجنس الواحد فيجوز عنده بيع الطير باللحم الغنمى وعكسه، وخصصه بعضهم بالحى الذى لا يراد إلا للذبح وما تطول حياته ولا منفعة فيه إلا اللحم كاللحم خلافاً لأشهب، وفى بدل اللحم المطبوخ بالحيوان قولان، ولا يجوز بيع معلوم بمجهول من جنسه وهو بيع المزابنة، فإن علم أن أحدهما أكثر جاز فيما لا ربا فيه، وتعتبر المماثلة بما وضع الشرع فى ذلك من كيل أو وزن، فإن لم يكن وضع له الشارع فالعادة الجارية فيه بموضعه فإن عسر ذلك فهل يجوز التحرى فى ذلك أم لا؟ فى ذلك ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يجوز، والثانى عكسه، والثالث: إن كان يسيراً جاز وإلا فلا، وفى بيع الدقيق بالقمح ثلاثة أقوال:

أحدها: الجواز، والثاني: المنع، والثالث: أنه يجوز بالوزن لا بالكيل. **ويكتب فى بيع الطعام بالنسيئة على ما يجوز عقد:** تعين لفلان قبل فلان، وفى ماله

وذمته كذا وكذا ديناراً من سكة كذا مؤخرة لأجل كذا، والثمن كذا وكذا قدحاً من القمح أو الذرة ابتاعها منه وقبضها بعد الكيل والتقليب والرضا، وشهد عليهما بذلك في كذا.

بيان: المال معروف، والذمة هي الصفة القائمة بالغريم الذى عليه الحق القابلة للإلزام أو الالتزام، وقولنا: قبضها ليرتفع النزاع فإن عرى العقد منه ثم قام بعد ذلك يدعى أنه لم يقبض المبيع فالقول قول البائع مع يمينه لإشهاده له بالثمن على المشهور، وإن كان قيامه بعد طول فاليمين، ولا يجوز لمبتاع الطعام مطلقاً بيعه قبل قبضه، ويجوز ذلك في غيره من المبيعات كائناً ما كان، فإن كان اشترى الطعام على الجزاف ففى بيعه له قبل قبضه قولان، المشهور منهما أن ذلك جائز، وأرخص له في الإقالة فيه، والتولية قبل القبض، وفى الشركة قولان فإن كان بزيادة أو نقص فلا يجوز إلا بعد القبض لأنه بيع ثان، وكذلك ما أخذ من الطعام في صلح أو غيره مما يكون عوضاً عن شيء لا يجوز بيعه قبل قبضه، وهل ذلك في الربوي دون غيره؟ عن مالك في ذلك قولان:

أحدهما: أن ذلك في كل الطعام مطعوم وإن جاز التفاضل فيه، والثاني: أنه مقصور على ما يجوز التفاضل فيه خاصة ولا بأس ببيع الماء قبل قبضه، وبالماء إلى أجل على المشهور من المذهب، وروى ابن حبيب منع بيعه بالطعام إلى أجل، فإن كان الطعام ورثه البائع أو وهب له أو تصدق به عليه أو أقرضه جاز له بيعه قبل قبضه باتفاق في الربوي وغيره، ويجوز أيضاً في القرض لصاحبه أن يبيعه من الذى هو عليه قبل قبضه، قال ابن الحاج في «مسائله»: وكذلك من

وجب عليه طعام من غصب أو تعد فهو كالقرض فى بيعه قبل قبضه، ذكر ذلك أبو محمد فى «النوادر»، وفى صرف «المدونة» مثله.

وسئل ابن رشد فى براءات الجند التى تخرج لهم بالطعام إلى الحصون هل يصح لهم بيعها قبل قبضها؟ فقال: لا يجوز للجند بيع الطعام المرتب لهم على خدمتهم وعملهم إلا بعد أن يقبضوه ويستوفوه للنهى عن ذلك بخلاف صكوك الجار التى إنما كانت أعطيت أقطعها أهل المدينة من مال الله الذى كان يجعل من مصر على غير عمل يعملونه فيتبايعها الناس قبل أن يستوفوها فجاز بيع الذى أقطعوا إياها، ولم يجز بيع المشترى لها، وقال ابن الحاج فى «مسائله»: ابتياع مراءة الطعام لا يجوز لأنها أجرة وهى من بيع الطعام قبل استيفائه، وقد ذكر لى عن بعض الشيوخ أنه كان يجيز بيع ما يخرجه السلطان فى علف الدواب إذا كانت الخيل له ولم تكن للجند والكيل فيما يكال من الطعام على البائع، وكذلك الوزن فيما يوزن، وقال سحنون فى الرجل يشترى الزيت ويمسك المشترى الكيل بيده ويصب الزيات الزيت فى الكيل فيسقط الكيل من يد المشتري: إن كان سقط الكيل من يده من بعدما استوفاه الكيل وامتلأ الكيل فالتلف من المشتري، وإن كان سقط من يده قبل أن يمتلئ الكيل فالتلف من البائع، قيل له: فلو قال البائع للمشترى خذ الكيل وكل لنفسك فكال المشترى فسقط منه الكيل وهو ملآن فذهب ما فيه فقال: مصيبة من المشترى لأمته لأنه قد تقاضى لنفسه، قيل له: فإن سقط منه الكيل قبل أن يمتلئ، قال: فالمصيبة من البائع.

وسئل ابن رشد فى المكيال إذا امتلأ وصب ما فيه من القمح فسقط القمح واحترق ما فيه وقد جرى ما كان فيه فى آنية المشترى أو لم يجر منه شيء أصلاً؟

فقال: ما لم يصب فى إناء المشترى فإن ضمانه باق على البائع على القول بأنـــه لابد من حق التوفيه سواء اهترق من المكيال أو من القمع، فقيل له: أليس القمع من منافع المشترى والبائع قد تفضل بقبوله ولو ساق المشترى إناء واسعاً لم يحتج البائع إلى صبه فى قمع فقال: وإن كان ذلك فإن البائع إذا التزم صب ذلــك فى القمع لزمه كل ما حدث بعده، فقيل له: فلو أن البائع قال: لا أكيل لك حــتى تأتى بإناء واسع لا يحتاج إلى قمع؟ فقال: ذلك له والقول قوله فيه، وقال غيره: يلزمه إحضار القمع إذا كانت عادة الناس كما يلزمه إحضار كيل يكيل به إذا كانت عادة الناس وعرفهم.

وسئل سحنون عن رجل اشترى من رجل فكال له البائع حتى فرغ الخابية ثم قدم له خابية أخرى، وقال للمشتري: كل لنفسك ما بقى وأخذ المــشترى فى كيل الخابية الثانية وصب على زيت الخابية الأولى فإذا هى قد سقط منها فأرة فصب المشترى زيت الفأرة على الزيت الطيب ممن يكون الضمان؟ فقال: مــا فسد من الزيت الطيب فمصيبةٌ من المشتري، وسئل ابن جماعة الطليطلى عــن المدخر للزيت والعسل والرب وغير ذلك يسوق الدلال إلى السلعة ويعقدها على التجار ثم يتولى حمل ذلك على عنقه فتسقط له منها قلة مــن بعــض الطريــق فتنكسر، فقال: لا شيء على الدلال ولا على البائع، والمصيبة فى ذلــك مــن المبتاع، ومذهب مالك: أنه لا يجوز لبائع الطعام أن يأخذ فى ثمنه طعاماً وإن حل الأجل وأخذ بذلك مكانه إلا أن يكون صفة الأول وكيله وأجاز ذلك الشافعى وغيره، وقال أحمد: يؤخذ منه ما لا يكال ولا يوزن وقال ابن المنذر: وبقــول الشافعى أقول.

الصنف الثاني الحلي والنقود وما في معنى ذلك: ولا يجوز بيع الذهب بالذهب، ولا الفضة بالفضة إلا مثلا بمثل يداً بيد، ولا بيع أحدهما بالآخر إلا نقداً وسواء كانا مصر وبين دنانير أو دراهم أو مصوغين حلياً أو غير ذلك الحكم في ذلك واحد، واختلف في الدنانير والدراهم المشوبة بالنحاس فمنهم من حكم لها بحكم الذهب والفضة الخالصين ورأى ما فيهما من النحاس ملغى لا حكم له، ومنهم من لم ير ذلك واعتبر ما فيها من الذهب والفضة الخالصين دون النحاس في جميع الأحكام فلم يجز المراطلة فيها، قال ابن رشد: وهو الصحيح الذى لا يصح القول بخلافه، ولا يجوز بيع أحدهما بالآخر ومع أحدهما عرض لأنه بيع وصرف وهو ممنوع عند مالك خلافاً لأشهب، فإن وقع ذلك فسخ عند مالك -رضى الله تعالى عنه- قال: إلا في اليسير مثل أن يبتاع بالدنانير عرضاً معه دراهم أقل من صرف دينار أو يبتاع بالدراهم عرضاً معه دينار واحد فذلك جائز للضرورة إليه والحاجة، وأما دون ذلك فلا يسوغ وأما ما العروض المحلاة فإن كانت مما لا يسوغ اتخاذه مثل الأوانى المفضضة والسكاكين المذهبة والمهاميز والأمشاط ونحوها فلا يباع شيء من ذلك بجنس ما فيه من ذهب وفضة قل أو كثر، وقال ابن فتحون في «وثائقه»: إلا أن يكون شيء لا بال له كحلقة في قدح أو شيء يسير في طرف السرج واللجام فلا يراعى ذلك فيه، وإن كان مما يسوغ اتخاذه للرجال والنساء فيجوز بيعه بجنس ما هو محلى به من ذهب أو فضة إذا كان تبعاً نقداً على المشهور وموجلاً على اختلاف، قال ابن القاسم: ويفسخ البيع إذا وقع موجلاً وإن لم يكن تبعاً لم يجز باتفاق، فإن بيع بغير جنسه فإنه جائز تبعاً كان أو غير تبع إذا كان معجلاً

باتفاق، ولا يجوز بيعه مؤجلاً إذا كثر، فإن كان تبعاً ففي جوازه قولان، والتبع ما كان الثلث فأدنى وقيل: النصف وذلك بالقيمة، وقيل: بالوزن مع قيمة المحلى، قال ابن رشد: وإنما يفترق المحلى من غيره فى ذلك إذا كان الذهب الذى فيه مربوطاً بما معه من الحجارة فلا يجوز على مذهب ابن القاسم فى «المدونة»، وروايته عن مالك أن يباع الحلى الذى فيه الذهب الكثير بالدراهم وإن كانا منظومين معاً ما لم يكن الذهب مركباً فى الجوهر لا يستطاع نزعه منه إلا بنقضه وكسره وإفساد صنعته لأن نثره من نظمه إفساد فيه فهو كالمنثور غير المنظوم، وكالذهب مع العروض، وليس قول ابن حبيب مخالفاً لهذا، والعله فى إباحة ذلك الضرر الداخلى على صاحب الحلى بنقضه وكسره وإفساد صنعته وأما النظم بالفرادى فلا تأثير له فى شيء من ذلك، ومن ذهب إلى أن يفرق بين الحلى وغيره بغير هذه العلة فقد أخطأ، وليس احتماع البيع والصرف بالحرام البين فقد أجازه جماعة من العلماء، وإلى ذلك ذهب أشهب وثياب الحرير منسوجة بالذهب حكمها حكم الحلى، وقيل: إن كانت إذا سبكت خرج منها الذهب فهى كالحلى وإلا فلا.

ويكتب فى شراء ذلك على الوجه الذى يجوز عقد: اشترى فلان من فلان سيفاً محلى بالذهب أو كذا من الحلى فيه ذهب وجوهر مركب بعضه ببعض بثمن مبلغه كذا من الفضة أو كذا من الذهب إذ ما فيه من الذهب لا يبلغ الثلث قبض ذلك البائع معجلاً وأبرأ منه وقبض المشترى مشتراه بعد النظر والتقليب والرضا وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: فإن كان فى المبيع ذهب وفضة وهما فى حكم التبع فلا يباع بذهب ولا بورق، وإنما يباع بالعرض، وإلى ذلك رجع مالك -رضى الله تعالى عنه- وبه أخذ ابن القاسم، وقيل: يباع بأقلهما، وإن لم يكن تبعاً فلا يباع بالعرض باتفاق وما يحرم استعماله على الرجل والمرأة كأوانى الذهب والفضة يحرم اقتناؤه على المشهور، وقيل: لا، فإن وقع فيه البيع صح و لم يفسخ لأن عينها تملك باتفاق وفى إلحاق أوانى الجوهر بها فى التحريم قولان، ولا خير فى أن تبادل الصائغ حلياً بورق وتعطيه أجرته ولا أن تقول له: اعمل لى من عندك حتى أعطيك، وإنما يعمل من متاعك وتعطيه أجرته فقال ابن حبيب: وما يفعله أهل السكة من جمعهم أذهاب الناس، فإذا فرغوا أعطوا كل واحد مثل وزن ذهبه فلا يجوز هذا عند من لقيت من أصحاب مالك ومن دفع درهما فابتاع بالبعض منه طعاماً أو غيره ورد عليه البعض فقيل: إن ذلك لا يجوز بحال، وقيل: وهو المعروف أنه إذا ابتاع بالنصف ورد عليه النصف فأقل جاز، وإلا فلا، ولا يجوز أن يبتاع بأقل من النصف ويرد عليه الأكثر.

الصنف الثالث الثياب وسائر العروض والسلع: ولا خلاف فى جواز بيع هذا الصنف بعضه ببعض يداً بيد كالحيوان سواء اتفقت أجناسه أو اختلفت، ولا بأس بالتفاضل فيه، فإن بيع شيء من ذلك إلى أجل جاز التفاضل فيه إن اختلفت أجناسه كثياب الكتان فى ثياب الحرير وثياب الصوف فى الكتان والبقر فى الغنم والخيل فى الحمر ونحو ذلك، فأما الجنس الواحد من ذلك فلا يجوز واحد منه باثنين إلى أجل إلا أن تختلف منافعه وأغراض الناس فيه، فيصير ذلك

صنفين وإلا ضارع السلف وخرج عن المبايعات، ويجوز أيضاً بيع ذلك قبل القبض والمعاملة فى ذلك بالدنانير والدراهم بالنقد وإلى أجل.

ويكتب فى ذلك عقد: تعين لفلان قبل فلان وفى ماله وذمته كذا وكذا ديناراً من سكة كذا مؤخراً إلى أجل كذا ثمن ثوب حريراً وشقة من حرا الكتان ابتاع ذلك منه بما ذكر، وقبضها بعد التقليب والرضا، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: إذا قلت فى هذا العقد من معاملة جائزة و لم تسم المبيع ففى ذلك قولان للعلماء أحدهما أن ذلك جائز، والثاني: أن ذلك لا يجوز حتى يسميا أصل المعاملة لأنه قد يكون عند المتبايعين جائزاً، وعند أهل العلم لا يجوز، فإذا بين زال الإشكال،وهو قول القاضى منذر بن سعيد، وإن لم يذكر قبض السلعة ثم قام المشترى وادعى انه لم يقبض السلعة وقد أشهد له بالثمن فالقول قول البائع فى ذلك أنه قبضها، ويحلف بحرارة البيع، قاله أصبغ، ورواه عن ابن القاسم، قال: وأما إذا ادعى ذلك بعد الطول ووقت حلول الأجل فلا يمين عليه، وقد تقدم ذكر ذلك قيل: وينبغى أن يبن الأجل، فيقول: فى أول شهر كذا أو فى آخره، فإذا قلت: فى شهر كذا، فقال ابن لبابة: ذلك أجل مجهول، وحكى عن الفضل بن سلمة أن ذلك جائز، ويكون عليه أن يدفع ذلك فى نصف الشهر، ذكر ذلك فى «المبسوط» لإسمعيل القاضي، وكذلك ذكر ابن العطار أنه يحكم له بنصف الشهر، وكذلك ذكر ابن مغيث عن ابن لبابة أنه يحكم له بالشهر كله، وذكر ذلك عنه أيضاً فى كتاب «الاستغناء»: أنه إذا قال: فى شهر كذا وقع على الشهر كله، وقال بعض أصحابنا هو ضعيف،وعليه أن يدفع إليه فيما بين أوله

وآخره فإن قال: إلى شهر كذا فيحتمل أن يكون فى أوله أو آخره، وإن قال فى صدر كذا فأفتى ابن العطار بأن الصدر الثلثان والنصف وخولف فى ذلك، ويجوز البيع إلى الجذاذ والحصاد والعصير ويحكم فى ذلك بمعظمه، وكذلك يجوز البيع فى الأسواق على التقاضى إذا عرف قدر ذلك من أيام الشهر، فإذا جاز ذلك الجل وجب الغرم.

قال ابن فتحون: ويكتب فى ذلك إن احتج إلى إثباته عند النزاع فيه: عقد يشهد من يضع اسمه عقب تاريخه بأن تبايع الناس بسوق كذا على التقاضى فى مدينة كذا أقضاه عندهم إلى شهر ونصف شهراً وعشرون يوماً لا يتجاوزون ذلك فى القضاء فى غالب عادتهم، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، ويجوز بيع السلعة على أن يدفع إليه الثمن فى بلد آخر إذا ضربا لذلك أجلاً، فإن كان الثمن عيناً فيلزمه القضاء حيث لقيه، وإن كان عرضاً فإنه يقبضه منه حيث شرطه، فإذا بقى من الأجل بقدر قطع المسافة التى بين البلدين أجبر على الخروج معه إليه أو وكيل ينوب عنه فى الدفع، وسواء كان العرض مما فى حمله مؤنة أو مما لا مؤنه فى حمله لا يلزمه دفعه إلا حيث شرطه لأن الأثمان فى البلاد تختلف ولا يجوز بيع النجس من المائع وغيره، وأرخص ابن القاسم فى بيع الزبل للضرورة إليه، ولا يجوز بيع جلد الميتة وإن دبغ ويفسخ البيع، وإن فات تصدق بثمنه عند ابن القاسم، هذا هو المشهور من مذهب مالك –رضى الله تعالى عنه– أن الدباغ لا يطهره طهارة كاملة لكنه يباح استعماله عنده فى اليابسات والماء وحده، ولا يباع ولا يصلى عليه، وسواء كان من جنس ما يباح أكله كالأنعام أو مما لا يباح أكله كالحمر الحكم فى ذلك واحد، وروى عنه: أن

الدباغ يطهره طهارة كاملة فيجوز بيعه، والصلاة عليه، وهو قول ابن وهب من أصحابه، وعلى ذلك أكثر العلماء كالشافعي وأبي حنيفة وغيرهما -رضى الله تعالى عنهم- وأما جلد الخنزير فهو نجس عند كافة العلماء وإن دبغ، وفى عظام الميته ثلاثة أقوال: جواز بيعها، ومنع بيعها، والثالث: جواز ذلك فى ناب الفيل دون ما سواه ومن باع بثمن بخس ما جهله مثل أن يبيع حجراً بثمن فإذا هو ياقوت فذلك جائز عليه عند مالك، قال: ولو شاء استبرأ لنفسه، قال ابن حبيب: وكذلك لو ظن المبتاع أنه ياقوت فرفع فى الثمن فأخطأ فإن ذلك يلزمه، وقال ابن القاسم. له أن يرده، فإن قال البائع: من يشترى منى هذه الزجاجة فإذا هي ياقوته أو قال المشترى: بعنى هذا الياقوت فوج مرجاناً فلكل منهما القيام فى ذلك، وإذا ادعى الرجل فى سلعة أنها ابتاعها من رجل أخر وأنكره فى ذلك فأتى المدعى ببينه فشهدوا له بالبيع ولم يسموا الثمن لم يجز حتى يشهدوا على البيع والثمن جميعها، قاله فى «الاستغناء» قال: وقد قيل: إنه إن كان المبيع على النقد كانت للمبتاع بالقيمة والأول احسن، وقال ابن فتحون: الشهادة تامة عند مالك، وإن تمادى البيع على إنكاره سأل المبتاع، فإن سمى ثمناً يشبه حلف وأخذها، فإن اتفق المتبايعان على البيع واختلفا فى مقدار الثمن ففى ذلك ثلاثة أقوال: أحدها: أنهما يتحالفان ويتفاسخان البيع أبداً فأتت السلعة أو لم تفت، وهو قول أشهب وإحدى الروايتين عن مالك واختاره المازري، والثاني: أنهما يتحالفان ويتفاسخان ما لم يقبض المشترى للسلعة، فإن قبضها فيكون القول قوله وهو قول سحنون، ورواية ابن وهب عن مالك -رضى الله تعالى عنه- والثالث: أنهما يتحالفان ويتفاسخان ما لم تفت السلعة، فإن فاتت فيكون القول

قول المشتري وهى رواية ابن القاسم عن مالك فى «المدونة»، وبها القضاء، وعلى المشهور إذا أتى المشترى بما لا يشبه فيصير القول قول البائع إذا أتى بما يشبه، فإن أتيا معاً بما لا يشبه فعلى المبتاع القيمة، وكذلك إن تناكلا معاً عن اليمين والسلعة قائمة، فإن الصفقة تنفسخ بينهما، قاله ابن القاسم، والبائع المبدأ باليمين فى ذلك كله، فإن رضى المشترى بما حلف عليه البائع كان ذلك له، وهل كذلك لأحدهما بعد التحالف أن يرضى بما حلف عليه الآخر أم لا؟ فى ذلك قولان أحدهما: أن ذلك له، وهو قول ابن عبد الحكم، وأن البيع مفتقر إلى الفسخ وهو الأظهر، والثاني: أن ذلك ليس له وبوقوع التحالف ينفسخ البيع كاللعان، وهو قول سحنون، والرجوع فى الفوت بقيمة السلعة يوم البيع وهل حوالة الأسواق فى هذا فوت أم لا؟ فى ذلك قولان: أحدهما: أنه فوت وهى رواية ابن القاسم عن مالك –رضى الله تعالى عنه– والثاني: أنه ليس بفوت، قال ابن رشد: والصحيح أن فوت المكيل والموزون فى هذا كفوت العروض، وأن الغيبة عليه كفوات عينة إذ لا يعرف بعينه بخلاف التفليس والاستحقاق، فإن اختلفا فى جنس الثمن، فقال أحدهما: بدنانير أو دراهم، وقال: آخر بعروض، فإنهما يتحالفان ويتفاسخان أبدا ويرد المشترى السلعة إن كانت قائمة أو قيمتها إن فاتت، فإن قال أحدهما: عن سكة كذا، وقال الآخر: من سكة أخرى فلهما السكة المتعارفة فى تلك السلعة، وإلا تحالفا وتفاسخا أبداً فاتت أو لم تفت وفى «كتاب ابن المواز»: إذا طلب البائع نقد كذا، وقال المبتاع: نقد كذا، وقضى بالمتعارف بالبلد، فإن ادعى البائع الموازنة، وقال المبتاع: بل شرطت النقد المعروف فهو مصدق، قال ابن القاسم: مع يمينه، وكذلك إذا اختلفا عند محل

الأجل حملاً على النقد المعروف يوم التبايع، قال ابن القاسم: إن كان النقد فى تلك السلعة مختلفا فسد البيع وفيها القيمة إن فاتت، وفى « الواضحة»: إذا تصادقا فى عدد الثمن و لم ينصا وازنة ولا ناقصة حكم فيها بالوازنة، وإن جرت الوازنة بينهم على التجاوز لأن ذلك على الطوع فأما ما يحكم به وما تبرئه اليمين على القضاء فعلى الوازنة التى ضربت عليها سكة تلك البلدة، وإن قال البائع: شرطت الوازنة، وقال المبتاع: بل شرطت عليك ناقصة كذا، فإن كان البلد لا تجرى فيه إلا الوازنة صدق البائع مع يمينه فى قيام السلعة، فإن كان بها أمر معروف صدق مدعيه من يمينه فى قيام السلعة أو فوتها، وإن لم يكن بها نقد معروف أو كان نقدها مختلفاً تحالفا وتفاسخا فى قيامها، بيد المبتاع صدق مع يمينه، قال ابن أبى زيد: إنما يتحالفان بدعواهما الشرط ولو قال لم أشترط شيئاً فسخ البيع، قال ابن القاسم، وإن كان الاختلاف فى الأجل فقال البائع: بالنقد، وقال المشتري: بالنسيئة فإما أن تكون السلعة قائمة أو فائتة، فإن كانت قائمة تحالفا وتفاسخا، وقيل: إن ادعى المشترى أمداً قريباً لا يتهم فيه وشهد له العرف كان القول قوله وإلا تحالفا وتفاسخا، وإن كانت السلعة فائتة ففى ذلك قولان أحدهما: أن القول قول البائع مع يمينه، وهى رواية ابن وهب عن مالك، وقول ابن المواز، والثاني: أن القول قول المبتاع والقولان لابن القاسم، وإن اتفقا على الأجل واختلفا فى انقضائه فالقول قول المبتاع أنه لم ينقض حتى يثبت خلافه، وإن كان الاختلاف فى قبض الثمن، فإن كان المبيع مما العرف فيه بيعه بالنقد كالحنطة والزيت واللحم والفاكهة وشبه ذلك، فالقول فيه قول المبتاع مع يمينه لقد دفع حين العقد، وسواء كان ذلك بعد انقلابه بالبيع أو قبل افتراقهما وروى

أشهب أنه إن كان ذلك قبل الافتراق فالقول قول البائع، وبالأول اخذ ابن القاسم، قال: وسواء كان ما بيع من ذلك قليلاً أو كثيراً القول فيه قول المبتاع، وقال يحيى بن عمر: إن كان ما بيع من ذلك كثيراً فالقول فيه قول البائع، وإنما يكون القول قول المبتاع فيما قل من ذلك خاصة للعرف. قال ابن القاسم: وما عدا ذلك من البز والحيوان والرقيق والربع والعقار فالقول فيه قول البائع ولو بعد عشرين سنة حتى يجاوز الوقت الذى يجوز إليه البيع، وقال ابن حبيب: القضاء فى ذلك أن القول قول البائع فى العام والعامين، فإن مضى له ذلك فالقول قول المبتاع، وليس يباع هذا على التقاضى إلا البز وشبهه مما يباع على التقاضى وإلى أجل فالقول فيه قول البائع ما لم يطل حداً، فإن قام بعد عشرة أعوام وشبهها مما لا يبتاع ذلك إلىمثله صدق فيه المبتاع مع يمينه، روى ذلك مطرف وابن الماجشون عن مالك وقالا به، والاختلاف فى قبض السلعة المبيعة إذا لم يكن إشهاد بثمن ولا غيره كالاختلاف فى قبض الثمن، قال بعض المتأخرين: والأصل بقاؤهما إلا أن يقضى العرف بخلاف ذلك كطول الزمان ونحو ذلك فالرجوع فى ذلك إلى العوائد، وإذا ادعى أحدهما الصحة وادعى الآخر الفساد ففى «المدونة» القول قول مدعى الصحة، وقيل: إن غلب الفساد فالقول قول مدعيه، وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا ادعى رجل أنه باع شقة من رجل، وقال الآخر: بل أخذتها وفصلتها قبل إن اتفق معك على ثمن فالقول قول مدعى الحلال إذ أشبه فيوجه إلى أهل البصر، فإن أشبه ما قاله فى الثمن حلف وأخذه، والحكم فى بيع المزايدة إذا وقع الاختلاف فيه أن كل من زاد فى السلعة لزمته بما زاد فيها إن أراد صاحبها أن ضمنها له بما أعطى فيها ما لم يسترد

سلعته فيبيع بعدها أخرى أو يسكت حتى ينقضى مجلس المناداة، وهو مخير فى أن يضمنها لمن شاء ممن أعطى فيها ثمناً وإن كان غيره قد زاد عليه، قال ابن رشد: هذا الذى أحفظ فى هذا من قول الشيخ أبى جعفر بن رزق، وهو صحيح فى المعنى، فإن أعطيا فيها ثمناً واحداً لم يكن للبائع اختيار فى أن لزمها إحدهما فهما شريكان فيها، وقال عيسى: هي للأول إلا أن يزيد عليه الثاني، ولا ينبغى للصالح أن يقبل من الثانى مثل الذى أعطاه الأول إلا أن يزيد عليه.

وبيع المرابحة جائز عند جمهور العلماء، وهو أن يسمى الثمن الذى اشتراه به ويعطيه فيه ربحاً ما يتفقان عليه، ويحسب فيه كل ما له تأثير فى عين المبيع من خياطة وصبغ ونحو ذلك، فإن اشتراها إلى أجل فلابد أن يبين، وكذلك إن اشتراها بعرض ففى جواز بيعها مرابحة خلاف، فروى عن ابن القاسم أنه يجوز له بيع ذلك على ما اشتراه من العرض ولا يجوز على القيمة، وقال أشهب: لا يجوز بيعها مرابحة أصلاً فإن باعها مرابحة ثم ظهر ببينة أو بإقراره أن الثمن كان أقل، فإن كانت السلعة قائمة فالمشترى بالخيار بين أن يأخذها بالثمن الذى ثبت أو يترك إلا أن يلزمه البائع أخذها بالثمن الأول فله ذلك، فإن فاتت السلعة خير البائع بين رد المشترى قيمتها أو رد الثمن وإمضائه البيع بالثمن الذى صح أنه اشتراها به، فإن باعها وثبت بعد ذلك أن الثمن كان أكثر وأنه...[1] وهو فى ذلك فإنه يجبر المبتاع على أن يؤدى ذلك الثمن إن أراد حبسها، وإن فاتت فهو مخير بين أن يعطى قيمة السلعة يوم قبضها أو الثمن الذى ثبت أنه اشتراها به.

---

[1] يوجد سقط فى هذا الموضع.

ومن أخذ سيفاً أو قوساً أو آنية فخار ليقلبها فانكسر السيف أو القوس أو الفخار عند التقليب فإن كان ذلك بإذن صاحبه فلا شيء عليه عند مالك -رضى الله تعالى عنه- وإن كان ذلك بغير إذنه فهو، ضامن، وكذلك الدابسة وغيرها عنده، قال أصبغ: وكذلك إن أخذ الفخار وصاحبه يراه ولم يأذن له فسقط فانكسر فلا ضمان عليه، وروى عيسى عن ابن القاسم: أنه ضامن إلا أن يأذن له، وأما ما انكسر تحته فإنه يضمنه بلا اختلاف، وكذلك إن أخذ قلال الخل ليبروزها فتكسرت فهو ضامن بلا اختلاف.

الصنف الرابع الثمار والغلات: ويجوز بيع الثمار والمقاثى والخضر والغلات كلها إذا بدا صلاحها، فإن لم يبد صلاحها فلا يجوز بيعها إلا على القطع، فإن لم يشترط القطع فقولان مشهورهما: أنه محمول على البقية، ويفسخ إن نزل، وأما إذا بدا صلاحها وظهر طيبها فيجوز بيعها على التبقية وغيرها.

ويكتب فى ذلك: عقد اشترى فلان من فلان جميع عصير كرمه أو فاكهة جنته بكذا حدودها كذا بعد أن بدا صلاحها وبدا طيبها اشتراء صحيحاً عرفا بثمن مبلغه كذا قبضه البائع أو لأجل كذا، وقبض المشترى مشتراه قبض مثله بعد التقليب والنظر والرضا وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: بدو الصلاح فى ذلك زهو الثمار وإطعام ما يطعم من ذلك وإمكان الانتفاع به، وإذا بدا صلاح شجرة واحدة فى جنة أو طيب نوع من أنواع العنب فى الكرم جاز بيعه، فإن كان الطيب فى جنس واحد وثمر الجنة مبكرا وفى

غيرها متأخرا فإنه يفرد بالبيع، ولا يباع الشتوى مع الصيفي، قال ابن رشد: اختلف فى الحد الذى يجوز فيه بيع ثمر الحائط على أربعة أقوال:

أحدها: أنه لا يجوز حتى يعمها الزهو،و الثاني: أنه يجوز بيعه وإن لم يعمه الزهو إذا أزهى بعضه وكان زهو سائرة قريباً متتابعاً، والثالث: أنه يجوز بيعه إذا أزهى بعضه وإن لم يقرب زهو سائره إذا اتصل طيبه ولم ينقطع الأول قبل أن يبدو الثاني، والرابع: أنه يجوز بيعه وإن لم يظهر فيه الزهو، وإذا ظهر فيما حواليه وكان الزمان قد أمنت فيه العاهات وما استعجل زهوه من الثمار العارض وبسبب من مرض فى الثمرة وما أشبه ذلك فلا اختلاف فى أنه لا يستباح به بيع ذلك الحائط، قال مالك: وكل ما يكون بطوناً كالقثاء ونحوه فلا بأس ببيعها إذا بدا صلاح أولها وكان نباتها متصلاً، فأما إن نبت ثم انقطع ثم نبت فلا خير فيه، ويكون للمشترى استقلال ذلك إلى آخر إبانه، فإن تنازعا فى قلعه رجعا فى ذلك إلى العادة ولا يجوز ضرب الأجل فى ذلك إلى ما كان منه لا ينقطع كالموز الذى يبقى سنين لا ينقطع فلابد من ضرب الأجل فى ذلك باتفاق، ويجوز بيع ما كان من ذلك غائباً فى الأرض كاللفت والبصل ونحو ذلك إذا بلغت مبلغ الانتفاع بها وعرف حالها، والسقى فى الثمرة والخضر والقصيل وغير ذلك من هذه المبيعات على البائع حتى يتم قطعها، وخالف فى ذلك سحنون، وبالأول العمل، وقال التونسى فى القصيل: سقيه على البائع، ولا يقصد به زيادته، وإنما يقصد به إن ترك سقيه فسد، والسقى عليه. وسئل بعض الفقهاء المتأخرين فى رجل باع قصيلاً بذهب أو طعام فحصده المبتاع ثم نزل الغيث فقام فيه خلفة أخرى لمن تكون الخلفة؟ فقال: ليس للمبتاع إلا الجزة الأولى والخلفة للبائع إلا

أن يشترطها المبتاع، ذكر ذلك فى مسائل ابن الحرير وغيره، ويجوز لبائع الثمرة ونحوها مما ذكر أن يستثنى ما شاء منها الربع أو النصف أو أكثر، ويكون البيع فى الجزء الآخر، فتقول: باع منه النصف فى شركته بالنصف أو الربع فى شركة البائع بالباقي، قال ابن فتحون فى «وثائقه»، وقال عبد الملك: إنما يجوز له أن يستثنى النصف فأقل، فإن استثنى وزناً معلوماً أو كيلاً معلوماً من ذلك فيجوز ذلك إذا كان الثلث فأقل، ولا يجوز أن يكون أكثر من ثلث الثمرة أو المبيع.

ويكتب فى ذلك ما نصه: واستثنى البائع كذا وكذا ربعاً من العنب أو كذا من الرمان أو التين يأخذه كذا فى كل جمعة أو عند جذاذه، والتزم المشترى دفع ذلك كما ذكر، وهذا المستثنى يسير فى المبيع أقل من ثلثه، فإن كان المبيع أنواعاً من الثمرة فاستثنى الثلث من كل نوع منها فأقل جاز، وإن استثنى أكثر من البعض منها وكان ذلك المستثنى أقل من ثلث الجملة فهل يجوز ذلك أم لا؟ فى ذلك قولان عن مالك -رضى الله تعالى عنه- وبالمنع قال ابن القاسم وأشهب، فإن أجيحت الثمرة وضع من المستثنى بقدره، وقيل: لا يوضع من المستثنى شيء، فإن لم تبلغ الجائحة الثلث لم يوضع من المستثنى شيء بالاتفاق، وإن استثنى ثمرات معينة جاز باتفاق، ولا يعتبر فى ذلك الثلث ولا غيره لأن المبيع تناول ما سواها، وإن لم يعين وشرط الخيار لنفسه جاز عند مالك -رضى الله تعالى عنه- إن كانت الثلث فأقل، ولا يجوز على أن يكون الخيار للمبتاع، وسوى ابن القاسم بين البائع والمبتاع، وقال: لا يجوز أن يكون له الخيار أيضاً، وكذلك إن لم يستثن شيئاً وذهب إلى أن يبتاع منه فإنما يجوز له أن يبتاع مقدار الثلث فأقل، ويكون الثمن الأول إلا أن يكون انتقد الثمن فيكون له أن يبتاع منه بالنقد أو

بالتأخير ما لم يكونا من أهل العينة، ومن باع عصير كرمه بذهب فلا يجوز له أن يأخذ فى ثمنه قطعاً ولا شعير أو لا شيئاً من الطعام. وسئل بعض الفقهاء المتأخرين فى رجل باع عصير كرمه بذهب فلما حل الأجل لم يكن له ما يعطيه، فقال له: أعطيك فى ثمنه زبيباً منه. فقال: لا يجوز من ذلك شيء وهو الربا بعينه، ويجوز لمن وهب ثمرة لرجل بعينه أن يشتريها منه بخرصها من نوعها يؤدى ذلك عند الجذاذ، وذلك بعد أن تزهى، ويشترط أن تكون خمسة أوسق فأدنى فإن زادت فلا يجوز ذلك وهى بيع العرية التى وردت السنة بالرخصة فيها على الشرط المذكور.

فصل

وضمان الثمار وهذه المبيعات الخضرات كلها من البائع ما بقيت لم تقطف أو لم تطب، فإن تركها المبتاع بعد أن تناهى طيبها وبلغت مبلغاً لا تزيد فيه ثم أصابتها جائحة فلا رجوع ولا قيام له، ومن قوله مالك -رضى الله تعالى عنه- أن الثمرة إذا تزببت فى شجرها فلا جائحة فيها، وكذلك إن اشتراها على هذه الحال بعد تناهى طيبها فلا جائحة فيها، وبذلك الفتوى والقضاء، وقال سحنون فى ذلك الجائحة، وفى كتاب «الاستغناء»: كل ثمرة تقطع خضراء، وإنما تيبس فى الأرض فاختلف فيها فمنهم من قال: الجائحة فيها ما لم تقطع قياساً على ما يبس منها، ومنهم من قال: إذا بلغت مبلغ تناهى طيبها ولا يرجى منها حلاوة زائدة ولا استنضاج فذلك مثل يبسها لا جائحة فيما أصابته بعد ذلك: والجائحة الآفات السماوية وكل ما لا يستطاع دفعه، فإن كانت من العطش

فهى موضوعة فى القليل والكثير باتفاق، وإن كانت من غير ذلك كالريح والثلج والبرد والدود والعفن والغبار المفسد وغير ذلك فإن كانت فى البقول فهى موضوعة فى القليل والكثير، وهى رواية ابن القاسم عن مالك، وبها القضاء، وقيل: لا جائحة فيها مطلقاً، وقيل: إن بلغت الثلث وإلا فلا وإن كانت فى الثمرة فإنها موضوعة إذا بلغت الثلث فأكثر باتفاق، والمغير فى ذلك ثلث المكيلة لا ثلث القيمة عند ابن القاسم فيقول الذاهب بالجائحة ويحط من الثمن قيمته كانت أقل من الثلث منه أو أكثر، وقال أشهب: المعتبر ثلث القيمة فى الجائحة إلا أن يكون مما يحبس أوله على آخره كالعنب والرطب فإنه يعتبر فيه المكيلة باتفاق، وعلى المشهور إذا كان المجاح ما يأتى شيئاً بعد شيء كالمقاثى وشبهها يقوم ما جنى منها وما بقى وما أجيح على قدر بقائه فى اختلاف أزمنته، فما وقع للمجاح منها فى قيم جميعها وضع من الثمن مثلها كان عشر الثمن أو تسعة أعشاره، على ذلك مالك وجمهور أصحابه إلا أشهب كما تقدم، وإن نقصت الجائحة عن الثلث فلا يوضع عن المشترى قليل ولا كثير ويلزمه الباقى بعد الجائحة قليلاً كان أو كثيراً، فإن كان المبيع أجناساً من الثمر فى عقد واحد كالتين والرمان وغير ذلك فأصابت الجائحة صنفاً منها دون ما سواه ففى ذلك اختلاف، فقيل: يعتبر كل صنف على حدة، فإن بلغت الجائحة ثلثة وضعت وإلا فلا، وهو قول مالك رواه عنه ابن حبيب، وقيل: يعتبر جائحة المصاب بالجملة فإن بلغت قيمته ثلث قيمة الجميع وضعت وإلا فلا وهو قول أصبغ رواه عنه محمد وسواء كان المصاب عنده الجنس كله أو بعضه، وابن القاسم يشترط فى ذلك أن يكون الذى أصيب من الجنس ثلثه فأكثر فى المكيلة أو يكون قيمة

المصاب من الجنس من قيمة الجميع الثلث فأكثر، فإن كان كذلك وضعت به الجائحة، وإن فقد أحدهما مثل أن يكون الذى أصيب من الجنس أقل من ثلث المكيلة أو يكون قيمة المصاب من الجنس أقل من قيمة ثلث الجملة فلا جائحة فى ذلك عنده، وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا كتب فى عصير الكرم أو الجنات عند بيعه أن نصفه محرق أو ثلثه فإن هذا الشرط ينتفع به البائع، وتكون الجائحة فيما عدا المحرق، فإن قال فى العقد: متى قام بجائحة فعليه كذا وكذا للمرضى بموضع كذا فإنه إن قام بجائحة فيؤمر أن يعطى ذلك للمرضى ولا يحكم عليه ويأثم، ونزلت فأفتى بذلك ابن رشد والجيش من الجوائح روى ذلك ابن القاسم عن مالك، وروى مطرف وابن الماجشون أنه ليس بجائحة، وفى السارق اختلاف، قال الشيخ أبو الوليد: إنما يكون السارق جائحة فى الفتنة حين لا يستطاع حرره، وإنما الجائحة عند ابن القاسم ما لا يستطاع دفعه لو علم به، وفى كتاب «الاستغناء»: وغلبة العدو عليها جائحة كمعركة الجيوش، قال فيه: وفى الفتنة تقع فى البلد فلا يجد المشترى ممن يبيع الثمرة لجلاء أهله عنه جائحة على ما فى «الواضحة» فى الفنادق، وتكرى أيام الحج أو الدور فى السنة فيجلو أهلها منها فلا كراء عليها إلا أن يكون آمناً تكون الثمرة مما تيبس وتدخر فلا جائحة فيها كالدور، وتكرى فتقوم الفتنة ويجلو أهل البلد عنه، ويجلوهم معهم للوحشة، وهو آمن فعليه الكراء، وإن جلا للخوف فلا كراء عليه، وإن كانت الثمار مما لا تيبس كالتفاح والخوخ والقثاء وشبهها ففيها الجائحة ولا يشبه هذا الكساد فيها مع بقاء الناس، قال الشعباني: ليس الكساد وقلة الربح وغلاء السعر بجائحة، وإذا ذهب المبتاع إلى إثبات الجائحة فادعى البائع أن المبتاع جنى قبل

الجائحة كثيراً من الثمرة فعلى المبتاع أن يثبت أن ما أدركته الجائحة فى الثمرة هو جميع ما ابتاع منها إما أن يكون الشهود عاينوها حين البيع، وإما بالتقدير، قال ابن الحاج فى «مسائله»: وصفة الشهادة على الجائحة أن يتكرر نظر الشهود فى الجائحة المرة بعد المرة فى أوقات مختلفة ويجوز التخمين بدليل العيان لما أفنى المبتاع من الثمرة المشهود بها، ويقولون فى شهادتهم: إن الذى أذهبت الجائحة ثلث تين الجنة المبيعة مع ما أكل منها المبتاع قبل الجائحة، فإذا أشهدوا كذا وجب الحكم بالجائحة ولا إعذار فى شهادتهم إن كان وجههم القاضي، وإن قصر الشهود عن تخمين ما أكل المبتاع، وإنما شهدوا أن الجائحة فى ثلث ما بقى فهى شهادة ناقصة، والواجب أن يحلف البائع أن الجائحة فى أقل من ثلث الجميع مع ما أفنى المبتاع، وتسقط الجائحة، فإن نكل حلف المبتاع أنها فى الثلث وحكم بها، ولو أجيحت الجنة كلها فاختلف المبتاع مع البائع فالبائع يدعى أن المبتاع جنى منها والمبتاع ينفى ذلك ويدعى قليلاً فالقول فى ذلك قول المبتاع، وإذا اختلفت الشهادة فيها فشهد قوم بالثلث وشهد آخرون أنها أقل فيحتمل أن ينظر إلى أعدل البينتين أو يحكم بشهادة من شهد بالثلث.

ويكتب فى ذلك عقد: وقف شهوده من أهل البصر والمعرفة بما يذكر إلى عصير الكرم الذى باعه فلان من فلان بكذا أو ثمن الجنة أو المقثأة بكذا ونظروا إلى ذلك نظراً شافياً فرأوا أنه قد أصابته جائحة البرد أو الريح وقدروا ما ذهب من غلتها بعد الاجتهاد فى التخمير والتحرى للقصد فيها بالثلث منها أو النصف، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

بيان: قال بعض المتأخرين: وهذا التقدير يكون بوجهين أحدهما: أن يقدروا ما تحمله الثمرة على التوسط من حملها فى السنين فيقول هو كذا، والثـــاني: أن يقدروا هذا الذى عاينوه مجاحاً ساقطاً فى أصول الثمرة أو فاسداً فى رؤسها هو ثلث الذى قدروه من حملها على التوسط، وأما إن قدروا أصل المجاح فيما بقى صحيحاً بحسب ما أعطاهم ما عاينوه فيها من السالم والمجاح فلا يصح ولا يعمل به إلا أن يتوافق البائع أن المبتاع لم يجذ من الثمرة شـيئاً. **ويكتـــب إن كـــان الشهود عاينوا الثمرة عند البيع ما نصه:** ونظروا إلى ما سقط بالجائحة ومـــا بقى فى رؤس الشجر سالماً فراوا أن ذلك ثلاثة أرباع الثمرة التى شهدوا علـــى عينها حين التبايع فيها، وأن الذى جنى منها الربع والذى بقى فى رؤس الشجر الربع والذى ذهب بالجائحة النصف وقدروا ذلك تقديراً لا يشكون فيه، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

ويكتب فى جائحة الفجل والإسفنارية وشبهها: عقد وقف شهوده من أهل البصر والمعرفة بالجوائح إلى الاسفناريه أو اللفت المزدرعة بموضع كذا، ونظروا إليها فرأوا أنه قد تعفن كثيراً منها بتوالى الأمطار عليه أو فسد بسبب دود نزل فيه وقدروا ما فسد منه بالثلث أو النصف لا يشكون فى ذلك، وقيـــدوا علـــى ذلك شهادتهم فى كذا.

بيان: ولا قيام فى هذا بالجائحة حتى تبلغ الثلث وهى بمنزلة الثمرة فى روايـــة سحنون عن ابن القاسم فى «العتبية»، وفى رواية ابن القاسم عن مالك –رضـــى الله تعالى عنه– فى «المدونة» أنها بمنزلة البقول توضع الجائحة فى قليلها وكثيرها، وفى كتاب «الاستغناء»، قال المشاور: ومن جعل فى الجزر واللفـــت والفجـــل

والأصول المغيبة الجائحة فى الثلث فصاعدا جعل فيها الشفعة، ومن جعل الجائحة فيها فى القليل والكثير كالبقول لم يجعل فيها شفعة، والأحسن فيها قول «المدونة» أن لا شفعة فيها، وأنها ليست كالباذنجان والمقثاء لأن هذه لها ثمرة تخرج عن أصولها تجنى وتبقى قال ابن فتحون: والمقاثى والمباطخ والباذنجاج والفجل والجزر والورد والياسمين والعصفر والفول الأخضر حكم ذلك كله حكم الثمار يراعى فيها الثلث، وروى محمد عن أشهب أن المقاثى كالبقوله، وما قدمته أشهر وبه القضاء، وفى ورق التوت وقصب السكر قولان أحدهما: أنهما كالثمار، والثاني: أنهما كالبقول.

السلم والقرض، وما يجوز من بيع الديون واقتضائها والمقاصة والحوالة بها

والسلم جائز فيما عدا الأصول وشروطه سبعة: الأول: أن يكون فى الذمة لئلا يكون فى معينة، الثاني: أن يكون معلوم المقدار، الثالث: أن يكون مضبوط الصفة، الرابع: أن يكون مؤجلاً، الخامس: أن يكون مما يوجد عند الأجل غالباً، السادس: أن يكون رأس المال مما يجوز تسليمه فيه، السابع: أن يتعجل قبضه.

ويكتب فيه عقد: وجب لفلان قبل فلان فى ماله وذمته كذا وكذا قدحاً من القمح الذى جنسه كذا الطيب النقى يدفعها له بداره بداخل مدينة كذا ويكيلها فى معظم الدراس الصيفى القريب بجيئه للتاريخ أو لأجل كذا من سلم صحيح جائز مقبوض بيد رأس ماله وهو كذا، وعلى السنة فيه، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: إنما لا يجز السلم فى الأصول لتشاح الناس فى مواضعها واختلاف الأغراض فيها، وقولنا فى الشرط الأول ان يكون فى الذمة لئلاً يكون بيعاً معيناً لأجل، وقولنا فى الثاني: معلوم المقدار أي بما جرت العادة به من كيل أو وزن أو عدد أو غير ذلك، فإن اشترط المسلم مكيالاً عنده أو مكيالاً قد ترك أو قصعة أو قدحاً فلا يجوز، قاله ابن القاسم عن مالك فى البيع، والسلم أشد، قال ابن رشد: إذا نصب الوالى للناس ذراعاً يتبايعون عليها لم يجز اشتراط ذراع رجل بعينه كما لا يجوز ترك الميكال المعروف الجارى إلى ميكال مجهول، وإن لم يكن للناس ذراع منصوبة، فقيل: إن الذراع الوسط كالذراع المنصوبة فلا يجوز السلم على ذراع رجل بعينه، وإنما يجوز السلم على الذراع الوسط أو على ذراع ولا يسميها فيحكم بينهما بذراع وسط وهو قول ابن حبيب، وقيل: لا يكون الذراع الوسط كالذراع المنصوبة، ويجوز السلم على ذراع رجل بعينه وعلى ذراع وسط كما يجوز شراء الطعام على مكيال مجهول فى القرى، ومن الأعراب حيث لم يكن لهم مكيال يتباعيون عليه وهو مذهب ابن القاسم فى «المدونة»، فإن لم يسميا شيئاً فهما على ذراع وسط، وقولنا: مضبوط الصفة، أي: الصفة التى تختلف بها القمية اختلافاً يتغابن فى مثله، والرجوع فى ذلك إلى العوائد فتذكر فى الحيوانى اللون والنوع والذكورة والأنوثة، وفى الطعام الجنس، وفى الثياب الرقة والغلظ ونحو ذلك، قال ابن فتحون: فإذا لم يذكر الجنس فى الطعام فإن كان فى بلد فيه الطعام أجناس فالسلم فاسد ويفسخ إن نزل، وإن كان فى بلد فيه جنس واحد ففى لزوم ذكره عن مالك –رضى الله تعالى عنه– روايتان فإن لم يذكر، فقال ابن عبد الحكم: يفسخ وقال أصبغ: لا يفسخ،

وقولنا: مؤجلاً إلى مدة تختلف فيها الأسواق وإلا فسخ، وأقل ذلك خمسة عشر يوماً، وروى ابن وهب جوازه إلى اليومين والثلاثة، وقال ابن عبد الحكم: يجوز إلى اليوم الواحد، فإن شرط القبض فى بلد آخر جاز باتفاق،وإن كان قريباً لأن الأسواق تختلف، وقال ابن فتحون: إن كان بينهما اليوم ونحوه فلابد من ضرب الأجل، فإن قال فى الأجل: إلى الشهر كمل بالمنكسر ثلاثين يوماً، وإن قال: إلى شهر كذا، فبدخول أول يوم منه يحل،وإن قال: فى شهر كذا، فبآخره يحل، وقيل: إذا مضى معظم الشهر وجب عليه القضاء وقال ابن العطار: يدفع ما بين أول الشهر وآخره، وقيل: إن كان أجلاً يغتفر معه الشهر دفع فى آخره الأنقص، وقولنا: مقدور على تسليمه عند الأجل أي: موجود لئلا يكون تارة سلفا وتارة بيعاً، فإن تعذر وجوده عند الأجل بآفة عرضت له وخرج عن أيدى الناس فصاحب الدين مخير فى الفسخ والإبقاء إلى عام قابل، فإن قبض البعض ففى ذلك ستة أقوال:

أحدها: أنه يجب التأخير إلا أن يتراضيا على المحاسبة وهو قول ابن القاسم والثاني: عكسه وهو قول أصبغ، والثالث: أنه يجب التأخير، والرابع: أنه يجب المحاسبة، والخامس: أن الخيار للمشتري، والسادس: أنه إن قبض الأكثر جاز التأخير وإلا وجبت المحاسبة، ولا يجوز فى نسل حيوان بعينه ولا ثمر حائط بعينه إلا أن يزهي فيكون بيعاً، ويجوز فى ثمر قرية معينة إن كانت من القرى الكبار المأمونة التى لا ينقطع ثمرها، وأما القرية الصغيرة التى لا يؤمن وجود ثمرها عند إرادته ففيه اختلاف، قال الشيخ أبو عمران: ينبغى على أصل «المدونة» أن لا يجوز أن يسلم فيها إلا أن يكون للمسلم إليه هناك ثمر، وإلا كان بمنزلة من باع

ثمر غيره واشترط تخليصها وذلك لا يجوز، وبذلك قال فضل بن سلمة، وقولنا: وأن يكون رأس المال مما يجوز تسليمه فيه لا أن يكونا طعامين ولا نقـدين ولا شيئاً فى أكثر منه لأنه سلف جر نفعاً ولا فى أقل منه لأنه ضمان بجعل، وكذلك الأجود والأردأ على الأصح إلا أن تختلف منافعه كالأجود فى حواشى الخيـل فيصير أصنافاً مختلفة، والمذهب أن الخيل فى سلم بعضها فى بعض ثلاثة أصناف صغارها صنف، وكبارها صنف الذكور والإناث، والجواد المعروفـة بالـسبق صنف ذكورها وإناثها، والحمر عند ابن القاسم ثلاثة أصناف صغارها صنف، وكبارها صنفان حمر مصر التى للركوب صنف وحمر الأعراب. التى للخدمـة صنف، والبغال والحمير عند ابن القاسم صنف، وعند ابن حبيب صنفان، قـال ابن رشد: ولا اختلاف أن ما كان من الطير الـتى تقـتنى للبـيض والفـراخ كالدجاج والأوز والحمام وكل جنس منه صنف على حدة صـغاره وكبـاره ذكوره وإناثه لا يجوز سلم بعضه فى بعض إلا إذا اختلف الجنسان، وما كان لا يقتنى كالبيض فسبيله سبيل اللحم عند ابن القاسم وأشهب يراعى الحياة فيه فهو عنده بمنزلة ما يقتنى فى سلم بعضه فى بعض، والرقيق كله عند ابن القاسم صنف واحد ذكورهم وإناثهم صغارهم وكبارهم وإن اختلفت أجناسـهم وألـوانهم وصباحتهم وخالف ابن حبيب فى الصباحة والجنس وإن اختلفوا فى الـصنائع جاز سلم بعضهم فى بعض، ورأى ابن حبيب القراءة والكتابة اختلافاً ولم يرها ابن القاسم، وقولنا: أن يتعجل رأس المال لئلا يكون ديناً فى دين، قـال ابـن فتحون: الأجود أن يكون ذلك فى مجلس تعاقدهما قبل افتراقهما، فإن تأخر ذلك يوماً أو يومين جاز، فإن زاد بشرط فسد السلم، وقال بعضهم: يجوز ثلاثة أيام

وإن تأخر على غير شرط حتى حل الأجل، فقال فى «المدونة»: إنه لا يجوز ذلك ورآه من الدين بالدين، وروى محمد عنه أنه رجع إلى إجازته ما لم يكن التأخير بشرط، وبه قال أشهب، فإن كان رأس المال عرضاً فيجوز تأخيره لتعينه فلا يكون ديناً فى دين، ويلزم أداؤه حيث شرط من المواضع، فإن لم يشترط فيلزم أداؤه فى البلد الذى وقع فيه العقد وحيثما قضاه منه أجزأه عند ابن القاسم إلا أن يكون للمسلم فيه سوق فيدفعه له فيها، وقال سحنون: يلزمه دفعه فى دار صاحب الدين كان له سوق أو لم يكن، فإن طلبه فى غير بلد العقد ولم يكن فى حمله مؤنة فقولان، وإن كان فى حمله مؤنة لم يكن له باتفاق، ولا يجوز له أخذه ودفع الكراء لأنهما كالأجلين، وإذا أراد الغريم دفعه قبل الأجل وأبى ذلك صاحب الدين فله ذلك وإبقاؤه فى ذمته إلا أن يكون ذلك بقرب تمام الأجل كاليوم واليومين فيلزمه ذلك، ويجوز شراء مكيله معلومة من ثمرة معينة قد بدا صلاحها أو لبن غنم معينة قد در لبنها بثمن يعطيه حالاً أو مؤجلاً، ويأخذ ذلك مياومة أو مجموعاً، ويشرع فى أخذها، وكذلك من كل شيء حاضر عند البائع وقد رآه المشترى وليس ذلك من السلم وهو بيع من البيع.

ويكتب فى ذلك عقد: يشترى فلان من فلان كذا وكذا ربعاً من تمر حائطه بكذا أو من عنب كرمه بكذا ليشرع فى أخذ ذلك من الآن بكذا وكذا ديناراً مؤخرة لأجل كذا أو حالة، وبعد أن رأى الثمرة وعرفا معا قدر ما تبايعاه ووقفا عليه وشهد عليهما بذلك فى كذا.

فصل القرض

والقرض جائز وهو فعل خير ويجوز فى كل شيء إلا فى الجواري، ولا يلـزم رده إلا بعد الأجل الذى ضرب له، فإن لم يكن أجل فالعادة.

ويكتب فيه: إذا ذهبا إلى الإشهاد به عقد وجب لفلان قبل فلان كذا وكذا ديناراً من الذهب أو من الفضة أو كذا وكذا من القمح برسم الحلول أو أخرة بها توسعة عليه لأجل كذا من سلف صحيح جائز مقبوض بيده، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: ومن شرطه أن لا يكون فيه منفعة للمقرض ولا يجدها له، ولا يحل لـه أخذ هديته وفى مبايعته بالمساحة قولان الجواز والكراهة، وفى سـلف الطعـام المستام فى المسغبة ويأخذها سالماً قولان والسفانج ممنوعة على المشهور، وقيـل: مكروهة، وقيل: جائزة، وسئل ابن رشد فى الذى يتسلف حظا من الماء على أن يرده له فى يوم آخر من أيام له فى الشرب أو يشتريه له، فقال: ذلك جائز قرب أو بعد إلا أن يسلفه فى الفصل الذى تقل الحاجة إليه فى الشتاء على أن يرده له فى الصيف وحين تكثر الحاجة إليه فلا يجوز لأنه سلف جرنفعا، وإن أسلفه منه على الحلول جاز ويعطيه إياه متى طلبه، وإن لم يجد المتسلف الماء كان عليه قيمة الماء يوم استسلفه، وقد قيل: إن السلف فى ذلك يجوز على أن يعطيه فى الصيف أو فى الشتاء وهو مذهب أصبغ والأول هو الصحيح، وفى كتاب «الاستغناء» قال المشاور: ومن أقرض رجلاً فى بلد فخرب وجلا أهله عنه من فتنة وقعـت فيه أو جوع فأراد أن يأخذه به فى غير ذلك البلد نظر فإن أيس من الرجوع إليه

إلا بعد الزمان الطويل فله أخذه بقيمة الطعام فى موضع السلف، وإن رجى الرجوع فيما قرب لم يقض عليه به حتى يرجع وإن كان من مسلم فهو بالخيار بين أن يصبر حتى يأخذه فى موضعه أو يأخذ رأس ماله إن أيس من دخول الموضع، وليس له قيمته لئلا يصير بيع الطعام قبل قبضه، وقال غيره: إن تراضيا فى القرض على أخذ قيمة الطعام جاز، ولا يجوز ذلك فى السلم، وإن ذهب الذى عليه السلف إلى تعجيله لزم المسلف قبوله قرب الأجل أو بعد بخلاف السلم.

فصل فى بيع الدين

ويجوز بيع الدين عيناً كان أو عرضاً بما يجوز أن يباع به إذا كان الذى عليه الحق حاضراً مقراً.

ويكتب فى ذلك عقد: اشترى فلان من فلان جميع أرطال الحرير أو شقق الكتان المرتبة له قبل فلان وقدرها كذا بكذا وكذا ديناراً قبضها منه مناجزة، وأبرأ منها، وصار بذلك ما ذكر مال فلان ومتاعه بمحضر الذى عليه الحق فلان وإقراره بصحة ذلك قبله وبقاءه حتى الآن، وشهد على الثلاثة المذكورين بذلك فى كذا. وإن كان عيناً **فيكتب فيه ما نصه:** عوض فلان لفلان فى الكذا والكذا ديناراً الواجبة له قبل فلان جبة ملف أو كذا من الطعام أو الحرير قبضها منه وأبرأ منها وصارت الدنانير بذلك مال فلان ومتاعه بمحضر الذى عليه الحق وتبنى على ما تقدم.

بيان: ولا يكون الثمن فى ذلك إلا معجلاً لئلا يكون دينا فى دين وإن كان المبيع طعاماً فلا يجوز بيعه قبل قبضه إلا أن يكون من قرض وشبهه مما تقدم ذكره فى بيع الطعام بالطعام، وإن كان الحق على غائب و لم يكن ثابتاً بينة فلا يجوز بيعه اتفاقاً لأنه غرر، وإن كان ثابتاً ففيه اختلاف وظاهر «المدونة» أنه لا يجوز بيعه إلا أن يكون الذى عليه الحق حاضراً، وزاد فى كتاب الصلح منها أن يكون مقراً وفى «العتبية» فى «نوازل أصبغ» منها من رواية موسى عن ابن القاسم جوازه إذا كان قريب الغيبة يعرف ملاؤه من عدمه.

فصل في الاقتضاء

واقتضاء الديون مختلفة فأما قبل الأجل فلا يجوز له أن يأخذ إلا مثل الذى له عليه فى الجنس والصفة والمقدار فلا يأخذ دنانير عن دراهم ولا عكسه على المشهور، ولا نوعاً من الطعام أو غيره عن نوع آخر، ولا أجود منه ولا أراء فى الصفة ولا أقل من الذى له، ولا أكثر فى المقدار كان الدين من قرض أو سلم أو غير ذلك أي نوع كان الحكم فى ذلك واحد.

ويكتب فى ذلك عقد: دفع فلان إلى فلان الكذا وكذا ديناراً أو الكذا وكذا قدحاً من القمح الذى له عليه مؤخرة الأجل كذا عجلها له عن طوع منه فقبضها منه، وصارت بيده على الكمال، وأبرأه منها، وشهد عليهما بذلك فى كذا، وعاين ذلك فى قبضه. وأما بعد الأجل فإن كان عيناً فله أن يأخذ صرفه خلافاً لأشهب فيأخذ عن الدنانير دراهم وعكسه، وله أن يأخذ أقل أو أكثر ودون صفة أو أجود أو عرضاً أو ما شاء إذا تعجل ذلك وانتقد ذلك من قرض

أو غيره، وأنزل أهل المذهب الزيادة فى الوزن إذا كان التعامل بالعدد منزلة الزيادة فى الصفة فأجازوا ذلك على الإطلاق، فإن كان التعامل بالوزن فكانت الزيادة فى الوزن أو كان التعامل بالعدد فكانت فى العدد، ففى ذلك ثلاثة أقوال أحدها: أن ذلك لا يجوز إلا فى المقدار اليسير جداً، والثاني: أن ذلك لا يجوز إلا فى مقدار الدينارين والثلاثة فى المائة ونحو ذلك ما لم يكثر، والثالث: أن ذلك جائز على الإطلاق كالزيادة فى الصفة وهو قول ابن حبيب، وفى «المدونة»: لا تقضى المجموعة من القائمة والفرادى وتقضى القائمة منهما والفرادى من القائمة، فالمجموعة هى المجموعة من الزيوف ومن زائد وناقص والقائمة فى جيدة تزيد إذا جمعت، والفرادى جيدة تنقص يسيراً، وإذا كان الفضل بشرط أو عادة أو فى الطرفين منع باتفاق، والسكة والصياغة فى القضاء كالجودة، وإن لم يكن عيناً فأما أن يكون من قرض أو سلم فإن كان من قرض فله أن يأخذ فيه ما شاء من الطعام والعروض والدنانير والدراهم وغير ذلك إذا تعجل ذلك وانتقدوا، يأخذ فى الطعام عن القمح ذرة، وعن الذرة قمحاً أو زبيباً أو ما شاء أو أدون صفة أو أجود كل ذلك جائز إذا تعجل كما تقدم، قال ابن فتحون: وله أن ينظر فى حماليه وحيث يجعله، ولا يضره أخذ باقية فى غده إن كان ذلك لكثرته إذا شرع فى القبض، وإن كان من سلم يجوز له أن يسامحه فى الصفة فيأخذ سمراء عن محمولة وعكسها ويأخذ السلت والشعير عن الحنطة وعكسها ولحم الإبل عن لحم البقر وشبه ذلك إذا لم يخرج عن الجنس الذى له عليه والكيل ولا يأخذ منه ذرة عن حنطة ولا غير الجنس الذى له عليه، قال بعض المتأخرين: لا يجوز أن يأخذ منه فى السلم غير جنسه إلا بثلاثة شروط:

أحدها: أن يكون المسلم فيه مما يجوز بيعه قبل قبضه فيخرج الطعام، الثـاني: أن يكون المأخوذ مما يجوز أن يسلم فيه رأس المال يخرج أخذ الطعام ورأس المال طعام والذهب بالورق وعكسه والعروض بصفتها، الثالث: أن يكون المأخوذ مما يجوز بيعه بالمسلم فيه يداً بيداً فيخرج أخذ اللحم عن الحيوان وعكسه، قـال: ويزاد فيه إن كان قبل الأجل شرط رابع، وهو أن يكون المأخوذ مما يباع بالمسلم فيه إلى أجل فيخرج صنف المسلم فيه الأعلى والأدنى.

ويكتب فى ذلك بعد الأجل عقد: قبض فلان من فلان كذا وكذا دينـاراً كانت له قبل أو كذا وكذا من القمح الذى كان له عليه وصار بيده وأبرأ منه، وشهد عليهما بذلك فى كذا، قال ابن الحاج فى «مسائله»: إذا قـضاه دراهـم فكان فيها درهم سوء فقام بعد ذلك فإن اليمين فى ذلك على الدافع يحلف مـا قضيتك إلا طيبة فى علمي، وإن ردها من نقصان أو صغر بين حلف الدافع على البت ما أعطيتك إلا طيباً وازنا، وإن دفع له غير جنس ما عليه حيث يجوز له،

فيكتب فى ذلك عقد: أبرأ فلان فلاناً من الكذا والكذا المترتب له عليه بأن قبض عنها كذا وصار ذلك عنده راضياً به فيما ذكر ولم يبق قبله من ذلك تبعة، وشهد عليه بذلك فى كذا، وفى كتاب «الاستغناء»، قال بعض المفتين: من قام على رجل بوثيقة مؤرخة بدين فأقام المدعى عليه البينة أنه أقر عندهم بعد تاريخ الوثيقة أنه لم يبقى له قبل المدعى عليه حق بسبب من الأسباب ولا بوجه مـن الوجوه، فإنه إن دفع فى شهادتهم وإلا سقط حقه، وهى رواية أبى زيد عن ابن القاسم فى «العتبية»، وقال ابن المواز: بينة الدين أولى حتى تثبت البراءة منه لأنه قد كان بريئاً قبل المداينة إلا إن قال إنه أقر أنه لم يبق له عليه حق أولا بقية لى

عليه أو مما كان بيني وبينه فهذا يسقط دعواه، وأما إن شهدوا أنه ما له عليه حق ولم يشهدوا على العلم فبينة الدين أولى إلا أن يشهدوا أنه أبرأه من كل حق كما ذكرناه، قال ابن المواز: وإن دفع إليه خمسين ديناراً أو كتب أن ذلك آخر حقه قبله ثم قام عليه بحق، فقال: هو بعد البراءة، وقال الآخر قبلها فلا يقضى به، ويحلف المبرأ لقد دخل فى البراءة ويبرأ، وكذلك إن أخرج هذا ذكر البراءة بتاريخ له وهذا عقد حق لا تاريخ له فالبراءة أحق، وإن كان فى أحدهما تاريخ حكم بالذى فيه التاريخ وبطل الآخر.

فصل المقاصة

والمقاصة هى أن يكون لكل واحد منهما حق قبل الآخر من جنس واحد فيذهبان إلى الاقتطاع وهى جائزة على تفصيل، وذلك أن الدينين إما أن يكونا عيناً أو عرضاً غير طعام أو طعاماً، فإن كانا عيناً فإن كان مال أحدهما دنانير ومال الآخر دراهم فلا تجوز المقاصة إلا أن يكوناً حالين معاً فيكون صرف ما فى الذمة، وإن كانا مؤخرين أو أحدهما فلا يجوز المقاصة باتفاق، وإن كان مال كل واحد منهما دنانير أو دراهم فإن كانا حالين جازت المقاصة بلا خلاف، وإن كانا مؤخرين إلى أجلين متفقين أو مختلفين أو أحدهما فأجازها ابن القاسم ومنعها أشهب، وإن كان ما لأحدهما قبل الآخر عرضاً خلاف عرض صاحبه غير طعام فالمقاصة جائزة إن كانا حالين أو مؤخرين إلى أجل متفق، وإن كانا إلى أجلين مختلفين لم تجز المقاصة، وسواء كان ذلك من قرض أو بيع فى القرض والعين الحكم فى ذلك واحد، وإن كان الدينان طعاماً فأما أن يكونا من قرض

أو بيع أو أحدهما من قرض والآخر من بيع، فإن كانا من قرض وكانا متفقين مثل أن يكون لأحدهما على الآخر كد حنطة سمراء والآخر مثلها فالمقاصة جائزة حالين كانا أو مؤخرين أو أحدهما، وإن كان لأحدهما سمراء وللآخر محمولة لم تجز المقاصة إلا أن يكونا معاً حالين فيكون بدلاً وإلا فلا، وإن كانا من بيع فإن اختلف أو اختلفت رؤس أموالهم أو كانا مؤخرين لأجلين مختلفين لم تجز المقاصة إلا أن يكون الأجلان متفقين فمنع ابن القاسم المقاصة وأجازها أشهب، وإن كانا من بيع وقرض فإن لم يختلفا وكانا حالين جازت المقاصة، وإن اختلفا لم تجز بوجه وإن كانا مؤخرين أو أحدهما فثلاثة أقوال: المنع لابن القاسم، والجواز لأشهب، والثالث أنه إن كان السلم حالاً جازت وإلا فلا.

ويكتب فى المقاصة إذا ذهبا إلى الإشهاد بها عقد: أبرأ فلان فلاناً من كذا دنانير من الذهب كانت له عليه، فإن قاصه بها عن مثلها عددا وصفةً وجبت له عليه مقاصة صحيحة برئت بها ذمة كل واحد منهما مما وجب عليه للآخر ولم يبق بينهما ولا لأحدهما قبل الآخر من ذلك تبعة، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

فصل فى الحوالة

والحوالة جائزة بالدين الحال، ولا تجوز بالمؤخر، ولا يشترط ذلك فى المحال فيه، والإحالة فيه جائزة حالاً كان الدين الذى على المحال عليه أو مؤخراً، وإنما يشترط الحلول فى الدين الذى على المحيل خاصة ومن له دين من كراء على رجل فلا يجوز له أن يحيل به إلا أن يكون حالاً بشرط أو عادة ولا يحال إلا على ما يجانس الدين المحال به.

ويكتب فى ذلك عقد: أحال فلان فلاناً على فلان بكذا وكذا ديناراً من الفضة أو الذهب وجبت له قبله ليقبضها منه عن مثلها صفة وعدداً وجبت للمحال قبل المحيل برسم الحلول إحالة قطع خرج إليها المحال ورضى بذمة المحال عليه عوضاً من ذمة المحيل، وبمحضر المحال عليه وبموافقته على ذلك والتزامه دفع ذلك من غير عذر ولا نزاع، وشهد على الثلاثة بذلك فى كذا.

بيان: ولا يشترط رضا المحال عليه عند جميع العلماء، وكذا لا يشترط حضوره وعلمه على المشهور، وفى كتاب «الاستغناء»: لا تجوز الحوالة على الغائب وإن وقع ذلك فسخ حتى وإن كانت له بينة لأنه قد يكون للغائب من ذلك براءة، وفى المشتمل لا يجوز الحوالة إلا على حاضر مقر ولا تجوز الحوالة بالطعام إلا أن يكونا معاً من قرض، قال ابن رشد: فإن كانا من سلم فلا تجوز الحوالة فيهما حلت آجالها أو لم تحل لأنه يدخله بيع الطعام قبل قبضه، هذا هو قول ابن القاسم، وقال أشهب: إذا استوت رؤوس أموالهما جازت وكانت تولية، قال: وكذلك إن كان أحدهما من قرض والآخر من سلم فلا تجوز الحوالة على مذهب ابن القاسم حتى يحلا جميعاً، وحكى ابن حبيب فى «الواضحة» عن جماعة من أصحاب مالك أنهما بمنزلة إذا كانا جميعاً من سلف تجوز الإحالة بأخذهما على الآخر إذا حل المحال به، ولا بذهب عن فضة أو عكسه إلا أن يكونا حالين، ويقبض ذلك قبل أن يفترقا، فإن أفلس المحال عليه قبل الإحالة ولم يعلم بذلك المحال فله الرجوع على المحيل ولا تلزمه الحوالة، فإن انعقد فى الوثيقة بعد معرفة المحال بملآء المحال عليه وموضعه من المال فلا رجوع له بوجه، وإن كان إفلاسه بعد الإحالة فلا كلام للمحال ولا رجوع بوجه، فإن أحاله بثمن

ما باعه ثم رد المبيع بعيب أو استحقاق فإن الحوالة تنفسخ عند أشهب، واختار ذلك الأئمة، ولا تنفسخ عند ابن القاسم وتمضي ويرجع المشترى على البائع بناء على أنها معروف أو كالبيع.

وسئل ابن رشد عن رجل باع حصة له من كرم وأحال عليه بالثمن فأثبت رجل أنه ابتاع الحصة من المحيل قبل بيعه واستحق الحصة وفسخ البيع، فقال: إذا كان الأمر على ما وصفت فتنقض الإحالة ويرجع المحال بدينه على الذى أحاله، ولا يكون له قبل المحال عليه شيء لسقوط الثمن عنه باستحقاق الحصة، وهذه المسألة عندى خارجة من الاختلاف لكون الاستحقاق فيها من جهة المحيل بخلاف إذا لم يكن من جهته، وإذا أحاله على من لا دين له عليه، ورضى بذلك المحال عليه فذهب ابن القاسم أنها حمالة وليست بحوالة وله الرجوع على المحيل،وذهب ابن الماجشون أنها حوالة صحيحة، وإن علم أنه لا دين له على المحال عليه فإن اشتراط أنه برئ من مطالبته فيبرأ من ذلك على مذهب ابن القاسم وغيره، ولا يرجع المحال على المحيل بوجه، قال ابن حارث: وعلى ذلك ينبني الخلاف فى الذى تحمل عن ابنه الصداق بعد عقد النكاح فيبطل على مذهب ابن القاسم إن مات أو فلس، وعلى مذهب ابن الماجشون فلا يبطل، وسئل ابن زرب عن البراءة تدفع فى قطائع الحشم إلى رجل ليدفعها إلى من بيده البراءة فيدعي الدافع الدفع وينكره صاحبه، فقال: إذا وجد الذى بيده البراءة إلى الذى يقطع إليه بها فوجدت البراءة بيد المقطوع إليه قد دفعها صاحبها أو وكيله أو رسوله لدفع ما فيها فالقول قول الذى وجد بيده البراءة مع يمينه وهي بمنزلة الرهن، وإن كانت البراءة قد دفعها الحاكم إلى غير الذى هى له مثل الشرط

ليوصلها إلى المقطوع إليه مثل البوابين والوكلاء ليدفعوها إلى رجـل اسمـه في البراءة والذى هي بيده معترف أنه لم يدفعها إليه الذى أخذ ما فيها، وإنما دفعها الشرطي فيلزم الدافع أن يقيم البينة بالدفع، وإلا فالغرم عليه بعد يمين صـاحب البراءة وأنه ما وصل إليه شيء ولا دفع إليه شيئاً حقه من الذى زعم أنه دفع إلا أن يقيم البينة على الدفع كما تقدم.

الأكرية في الدور والأرضين وغيرهما وأنواع الإجارات والجعل

الكراء فى الدور وغيرها من الرباع جائز لمدة معلومة بكراء معلوم.

ويكتب في ذلك عقد: اكترى فلان من فلان جميع الدار بكذا حدودها كذا بحقوقها وحرمها وكافة مرافقها اكتراء صحيحاً لمدة من عام كامل من الآن أو له كذا بكراء مبلغه فى العام المذكور كذا يندفع فى آخره أو بطولـه، ونـزل المكترى فى مكتراه لاستيفاء منفعته على معرفة وبصر، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: هذا الكراء لمدة لازم لهما ليس لواحد منهما حله ولا الخروج عنه إلا برضاء الآخر إلى تمام المدة كالبيع سواء، ويجوز فى الرباع كلها عقد الكراء فيه مشاهرة أو مسانهة على غير الوجه الأول.

يكتب فيه ما نصه: اكترى فلان من فلان الدار بكذا أو الحـانوت بكـذا بحقوقها ومنافعها من الآن مشاهرة أو مسانهة كل شهر بكذا أو كل سنة بكذا

يدفع واجب كل شهر فى آخره أو كل سنة بطولها أو فى آخرها، ونزل المكترى فى مكتراه، وتبنى على ما تقدم. ولكل واحد منهما حل هذا الكراء متى شاء ما لم يعين مدة معلومة ويؤدى المكترى عمن سكن بحسابه، واختلف فى الشهر الأول أو السنة الأولى هل يلزم فيها هذا أم لا؟ على قولين أحدهما: أنه لا يلزم إذا لم يقع ذكر الشهر على معين وهي رواية ابن القاسم عن مالك، والثاني: أنه يلزم وهي رواية مطرف وابن الماجشون عنه، فإن قدم المكترى فى هذا شيئاً من الكراء فإن واجبه لازم من المدة باتفاق، وكذا إن شرط صاحب الدار أنه إن سكن يوماً من الشهر فباقية لازم أو كان العرف كذلك فيكون كما شرط، وإذ لم يعينا أول مدة الكراء فيكون من حين العقد وإلا فمن حين التعيين، وإذا لم يكن فى العقد أنه نزل فى الدار وانقضت المدة فادعى المكترى أنه لم يقبض الدار ولا تمكن من سكناها فيكون القول قوله إن لم تكن له بينه، ويحلف ولا يلزمه شيء من الكراء إلا أن يثبت أنه نزل فيها، وروى ابن الماجشون فى الدار والحمام والرحى وشبه ذلك يدعى المكترى بعد السنة أنه لم ينزل فيها ولا عمرها أن القول فى ذلك قول ربها إذا ثبت الكراء، وبالأول القضاء، وإذا انقضت المدة وتمادى المكترى على السكنى والاعتمار فى الدار وغيرها فهل يحاسب بالكراء المتقدم أو يؤخذ بكراء المثل؟ فى ذلك قولان لابن القاسم، قال عنه عيسى: وكراء المثل أحب إليّ إلا أن ينقص عن الكراء الأول فيأخذ الكراء، وإن زاد فيحلف صاحبها أنه لم يرض بالكراء الأول ويأخذه، قال ابن الماجشون: ما كان من دار أو حانوت أو غير ذلك مما له مفاتيح وغلق فلا يصرف ذلك إلى المكترى ويسكت فإنما يكون له الكراء الأول بخلاف الأرض

وشبهها، فإن كان فى الدار ثمرة واشترطها المكترى فإن كان قد بدا صلاحها فذلك جائز قليلة كانت أو كثيرة، وإن لم يبد صلاحها، فإن كانت قيمتها بعد إخراج سقيها وعلاجها ثلث كراء المدة فأقل وكانت تطيب قبل تمام المدة جاز اشتراطها وإلا فلا، وإن كانت تطيب بعد تمام المدة فلا يجوز اشتراطها، ولا يجوز أيضاً اشتراط البعض منها قليلة كانت أو كثيرة عند ابن القاسم كما لا يجوز اشتراط بعض حلية السيف وإن كانت تبعاً لأنه من الثمرة، ولا يرتفع الضرر باشتراط بعضها ويصير قاصداً لشرائها، وأجاز ذلك أشهب فى الثمرة وحلية السيف، قال: وإذا جاز له اشتراط الكل فالبعض أولى، وذكر أبو الحسن اللخمي أنه إن كان الكراء لسنين وكان السواد تبعاً فى بعض السنين دون بعض فلا يجوز اشتراطها، وإن كانت تقرب السنين بعضها فى بعض تبعاً فإن كان فى الدار برج حمام أو أجباح نحل فأراد المكترى اشتراط ذلك فلا يجوز له ذلك وإن قل كالشجر؛ لأن ذلك ليس من نفس الدار والحاصل منهما غير معلوم، وذلك بخلاف البيع لأنه اشترى هناك رقابها وهنا غلاتها، ويجوز الكراء فى الدار على أن يقبضها المكترى بعد عام لتاريخ الكراء وإن نقد الكراء، قال بعضهم: فإن اشترط أكثر من ذلك لم يجز، وقال ابن حبيب: يجوز ذلك إلى سنين وإن نقد الكراء، وللمكترى أن يضع فى الدار ما شاء من إدخال الدواب ونصب التنور وغير ذلك إلا أن يكون لا يحتمل ذلك أو يشترط ذلك عليه صاحبها فلا يكون له فعله، فإن فعل ذلك فتولد منه شيء ضمن، وكذلك له أن يسكن معه من شاء وأن يكريها ممن أحب ما لم يكن فى ذلك مضرة واضحة وعلى ربها إصلاح ما يحدث فيها من هدم وشبهه وتنقية سقفها ونحو ذلك، واختلف قول ابن

القاسم فى كنس المرحاض فمرة قال: هو على رب الدار، ومرة قال: هو على المكتري، قال بعضهم: يحتمل أن لا يكون قوله خلافاً فيكون قوله على رب الدار فيما يكون فيها قبل الكراء، فإنه لا خلاف أن ذلك على صاحب الدار، وقوله: على المكترى فيما يكون فيها مدة الكراء، وقال مطرف وابن الماجشون: يحملان فى ذلك على سنة البلد، وتجوز الإقالة فى الكراء ما لم ينقد الكراء فإن نقد واجب البعض من المدة وبقي البعض فيجوز فيما لم ينقدوا ما نقدوا، إن نقد واجب المدة كلها وسكن بعضها فلا تجوز الإقالة عند مالك، قال ابن القاسم: وذلك كسلع باعها فأقال من بعضها، وقال ابن حبيب: ذلك كراء وسلف قال: ولا يجوز أيضاً بدين لأنه دين بدين، فإن نقد بعض الكراء و لم يعين أنه من الشهر الأول أو من غيره ثم تنازعا فى ذلك فإنه يقضى على السنة كلها، وإن اختلفا فى نقد الكراء فإن كان ذلك بحدثان حلول النجم فالقول لصاحب الدار مع يمينه، ويأخذ الكراء من المكتري، وسواء كان الدفع فى أول الشهر أو فى آخره أو بعد شهرين أو ثلاثة أو فى آخر العام الحكم فى ذلك واحد، وإن تباعد قيامه فالقول قول المكترى الساكن مع يمينه ويبرأ إلا أن يكتب فى العقد أنه لا يبرأ من الكراء إلا بالبيان لا بانصرام نجم ودخول آخر فلابد من البينة، وإلا غرم، ومن اكترى داراً مشاهرة أو مسانهة فإن دفع كراء مشهر معين أو سنة معينة فبراءة لما قبل ذلك، وإن لم يعين فى العقد وقت الأداء واختلفا فيه فقال صاحب الدار: فى أول الشهر، وقال الساكن: فى آخره حملا على عرف البلد فى الكراء، فإن لم يكن عرف لزمه أن يؤدى فى كل يوم بحسابه، وإنك أن الكراء مشاهرة أو مسانهة فالقول قول المكترى فيما قد مضى إلا فى الشهر

الأخير والسنة الأخيرة، فيكون القول قول صاحب الدار إن قام بحدثان ذلك، قال ابن حبيب: فإن تطاول ذلك حتىٰ حال دون ذلك نحو الشهر في الشهور والسنة في السنين فالمكترى مصدق مع يمينه، وإن كان الاختلاف في قدر الكراء فإن كان بحضرة الكراء تحالفا وتفاسخا، وإن كان قد سكن بعض السنة تفاسخا في الباقي بعد التحالف وغرم من الكراء بحسب ما أقرّ به إن لم ينقد،وإن كان بعد تمام السنة و لم ينقد فالقول قول المكترى مع يمينه إذا أشبه، وإن كان الاختلاف في المدة فإن انتقد الكراء صدق المكترى صاحب الدار مع يمينه سكن المكترى أو لم يسكن، وإن لم ينقد فإن كان بحضرة الكراء تحالفا وتفاسخا، وإن نكل أحدهما فالقول قول الآخر إذا حلف، وإن كان بعد السكنى بعض السنة تفاسخا في الباقي بعد التحالف وغرم فيما مضى بحساب ما حلف عليه، وإن اختلفا في انقضاء المدة فالقول قول المكترى في قدر الباقي منها مع يمينه، وإن اختلفا فيما في الدار من خشب وشبهه فما كان ثابتاً فهو لصاحب الدار وما كان غير ثابت فهو للمكترى، وإن تهدم بعض الدار المكتراة خلال المادة فلا يجبر صاحبها على البناء، وينظر فإن كان الذى تهدم لا يضر بالمكترى ولا ينقص من كرائها فلا مقال له، وإن كان ينقص يسيراً من كرائها ولا يمنع السكنى فإنه يرجع بقدر ما ينقص من الكراء، وليس له الرد، وإن كان ينقص الكثير من الكراء ويمنع السكنى فالمكترى مخير في سكناها ويحط عنه من كرائها بقدر ما ينقص وبين الخروج عنها وتركها، ولا يلزمه شيء من الكراء، وفي «مسائل ابن الحاج»: من اكترى جاراً فانصرمت المدة وادعى المكترى أنها كانت متهدمة شهرين من المدة لم ينتفع بها أو ادعى ذلك في بعض المدة بعد مضى بعضها،

قال: فالمسألتان سواء، والقول فى ذلك قول رب الدار والرحى مع يمينه إلا أن يقيم المكترى البينة، هذا ظاهر «المدونة»، ولابن حبيب: أن القول قول الساكن، وقد قيل: قول ابن حبيب ليس بخلاف لأنه تكلم على سنة غير معينة، وتكلم ابن القاسم «المدونة» على سنة بعينها. وسئل ابن رشد عمن اكترى داراً لسنين معلومة بنجوم فمات أو فلس هل تحل النحوم عليه أم لا يحل عليه إلا ما سكن؟ فقال: هذه المسألة تتخرج فى المذهب على القولين الأصح منهما فى النظر أنها لا تحل بموته ولا بتفليسه؛ إذ لا يحل عليه ما لم يقبض بعد عوضه وهو أصل ابن القاسم أنه لا يرى قبض الدار قبضاً للسكنى، وإن كانت الدار مأمونة فيأتى على مذهبه أن الكراء لا يحل بموته وينزل والورثة فيه منزلته إلا أن يقول رب الدار لا أرضى بذمتهم فيكون له أن يفسخ الكراء ويأخذ داره ويأتى على مذهبه فى التفليس أن يأخذ داره ولا يكون له أن يسلمها ويحاصص الغرماء، وذلك اضطراب من قوله وجريان على غير أصله ورجوع منه إلى مذهب أشهب لأن أشهب يرى أن قبض أوائل الكراء قبض للجميع. وسئل أيضاً فيمن اكترى داراً أو أرضاً وتوفى قبل أمد الكراء هل يؤخذ من تركته؟ فقال: لا يصح أن يعجل للمكترى من تركه الميت ما بقى من الأعوام فى الأرض التى لا يجوز النقد فيها بحال، والذى يوجبه الحكم فى ذلك أن لم يرد الورثة أن يلتزموا الكراء فى أموالهم أو تكرى الأرض لما بقى من المدة فإن نقص ذلك عن الكراء الذى أكراها به الميت وقف من تركته قدر النقصان ورد إلى المكرى الكراء عند وجوبه عاماً بعام، وكذلك يجب أن يكون الحكم فى الدار على الصحيح من الأقوال وهو الذى يأتى على مذهب أشهب، وقد رأيت لبعضه الشيوخ أن جميع

الكراء يعجل للمكرى من تركه المكترى لأنه يحل عليه بموته كالديون المؤجلة، وذلك غير صحيح لأنه إنما يحل عليه ما قبض عوضه وما بقى من الكراء لم يقبض عوضه لأنه منافع تقبض شيئاً بعد شيء، وإذا باع صاحب الدار المكتراة بعد الكراء فإما أن يبيعها من المكترى أو من غيره، فإن باعها من أجنبى و لم يعلم بالكراء المشترى فهو عيب إن شاء رد المبيع، وإن شاء أمسكه، وإن علم به فلا يرد له ويكون له الكراء للبائع ولا يكون فيه حق إلا أن يشترطه، وإذا اشترطه فإن كان قد وجب الكراء أو بعضه للبائع بمضى المدة أو بعضها فلا خلاف أن ذلك لا يجوز له إلا أن يكون أقل من صرف دينار ويكون الثمن ذهباً على ما تقدم فى البيوع، وإن كان الكراء لم يجب منه شيء للبائع لأنه لم يمض من المدة شيء أو اشترطه البائع فاختلف فى ذلك على قولين، فكان ابن رزق وغيره من الشيوخ يجيزه ويحتج بأن الكراء لم يجب للبائع بعد وإنما سكن المكترى فيها على ملك المبتاع وكان البائع باع منه الدار وتبرأ إليه من العقد الذى فيها للمكتري، قال ابن رشد: وهذا القول هو الأصح والأحسن فى الحجة، وكان غيره يمنع ذلك وهو قول ابن القاسم فى «الدمياطية» أنه لا يجوز، وقال بعض الشيوخ: ذلك للمبتاع اشترطه أو لم يشترطه، وقال ابن رشد فى الولاء من «الشرح»: اختلف فيمن أكرى دار العام ثم باعها قبل تمام العام، فقيل: إن البيع ينفذ فيها من يوم عقداه ويجب للمشترى من حينئذ ويأخذ كراء بقية العام، وقيل: يكون البيع فاسد إلا أن يكون استثنى البائع بقية المدة، وقيل: إن الدار لا تجب له إلا بعد انقضاء أمد الكراء، ولا شيء له فى الكراء إلا أن يشترطه فيجوز فى قول، ويكون البيع فاسداً فى قول، وهذا إذا علم المبتاع بالكراء وأما إذا لم يعلم المبتاع

بالكراء فهو عيب إن شاء أن يلتزم الدار على أنه لا شيء له من الكراء وإن شاء ردها، وأما إن باع الدار من المكتري، فقال أبو بكر بن عبد الرحمن وأبو عمران الفاسي: هو فسخ لما بقى من مدة الكراء، قال ابن سهل: وقول أبي بكر أميل للصواب، وقال ابن دحون وابن الشقاق والشارقي: إن ابتاعها على أن الكراء عنه محطوط لم يجز، قال ابن دحون: إلا يسقط ذلك عنه بعد البيع ولم يكن فى أصل العقد فيجوز، وقال الشارقي: وقد أجاز ابن فرج وهو خطأ لأنه ابتاع الدار والكراء بالثمن الذى دفع، قال ابن سهل: وقول هؤلاء يدل على أن الكراء لا يفسخه الشراء، فتأمل ذلك.

فصل

والكراء فى سائر الرباع من الحمامات والأفران والحوانيت والأرحى وغير ذلك مثل الكراء فى الدور والعقد فيها كما تقدم فى الدور، فإن كان حانوتاً فلابد أن تذكر فيه لما هو مكترى من الصناعات ولا يجوز الإطلاق فيه إلا أن يكون فى سوق مخصوصة فيحمل على صناعة أهله، وإن كانت رحى فالكراء على وجهين على أن تكون طاحنة، ويقيم صاحبها آلاتها وعلى أن تكون خالية ويطلقها المكترى لنفسه.

ويكتب فى الوجه الأول عقد: اكترى فلان من فلان جميع الأرحى المعلومة له بوادى كذا وتحتوي على ثلاثة أحجار فى بيت واحد بحقوقها وحرمها ومطاحنها وآلتها كلها وسدها وقنواتها وأفنيتها ومرافقها الداخلة فيها والخارجة عنها اكتراء صحيحاً لمدة من كذا بكذا وكذا ديناراً فى الشهر أو كذا ربعاً من

الدقيق أو الطعام فى الشهر يندفع فى كذا، ونزل المكترى فيها طاحنة كاملة الآلات ليستوفى مدة كرائه، ولرب الرحى أن يطحن فيها كذا وكذا ربعاً من القمح فى كل شهر بطول مدة الكراء، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

ويكتب فيها على الوجه الثاني: عقد اكترى فلان من فلان جميع بيت الأرحى الخالية دون آلات ولا مطاحن بموضع كذا بماله من الحقوق والحرم والمنافع والقنوات والسد و الأفنية وغير ذلك من المنافع الداخلة فيه والخارجة عنه اكتراء صحيحاً لمدة من كذا بكذا وكذا يندفع فى كذا، ونزل المكترى فى مكتراه ليقيم مطاحنه وما يحتاج إليه من الآلات من ماله، فإذا تمت المدة أخذ متاعه وترك البيت على ما كان عليه، وبعد أن رآه وعلم بأحواله كلها فرضيه وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: فإن كانت لرب الرحى فيها مطاحين وآلات فله أن يزيلها أو يبيعها من المكرى بثمن معلوم معجل أو مؤخر، والكراء مع البيع فى صفقة واحدة جائز، ولا يجوز أن يكريها بمطاحنها وآلاتها على أنه إذا انقضت الوجيبة ترك مثلها ويفسخ ذلك إن وقع، وكذلك إن قال: ما نقص فى آخر المدة ولا يجوز النقد فيها بشرط إن كان لا يؤمن قطع مائها وانخرام سدها، ويجوز بطوع، فإن كانت مأمونة جاز ويجوز اكتراؤها بالطعام والدقيق وكذلك معاصير الزيتون بالزيت وغير ذلك من الطعام والعروض والملاحة أيضاً تجوز قبالتها بالملح لأنه لا يخرج منها، وإنما يتولد فيها بصناعة بخلاف الثمرة، ذكر ذلك فى «العتبية»، وقد غمر ذلك بعض الشيوخ وعللوا ذلك بأنه مزابنة وفى كتاب «الاستغناء»: تجوز قبالة الملاحة بكل ما يؤكل ويشرب لأنها ماء، ولا بأس بالماء واحد باثنين،

وقيل: لا يجوز، وإن كانت ماء لأن الماء بذاته طعام، قال ابن رشد: قبالة الملاحة بجميع مدة الملح من العام بالدنانير والدراهم والعروض نقداً وإلى أجل جائز لا اعتراض فيه، وأما كراؤها بذلك لأشهر معلومة فأجازها سحنون فى «العتبية» وفيه اعتراض؛ لأن الملح قد يقل ويكثر كالمقتات، وفرق بينهما سحنون فإن نبات المقتات لا عمل فيه والملح يتولد بعمل المكترى وجلب الماء إلى الأحواض ومعالجته وهو فوق له وجه، وأما استجارها بالجزء مما يخرج منها مثل أن يكون للعامل ثلث فائدة فقد أجازه سحنون فى «العتبية» وفيه اعتراض؛ لأنه كراء بثمن مجهول ولو عقد المعاملة فيها على الشركة لوجب أن يجوز كما لو تزارعا على أن يجعل لأحدهما الأرض والبذر والآخر العمل لكانت مزارعة جائزة، فإنما فسدت مسألة سحنون من حيث اللفظ فلو تعاملاً فيها بلفظ يحتمل الوجهين لخرج جوازه على قولين، وقد روى زياد عن مالك أنه قال: أكره أن يعطى الرجل ملاحته على النصف أو الثلث أو بعض ما يخرج منها، ولابن العطار فى «وثائقه»: أن ذلك جائز.

وله فى ذلك عقد: دفع فلان إلى فلان الملاحة المعلومة بموضع كذا ليقيم أحواضها وسواقيها ويجلب الماء إليها ويقوم بجميع مؤنها حتى تملح ويستخرج جميع ملحها ويضعه فى فنائها، ويكون ذلك بينهما للعامل الثلث ولصاحبها الثلثان لعام كذا بعد معرفتهما بقدر ما تعاقدا عليه وشهد عليها بذلك فى كذا.

وإذا تهدم الفرن والحمام أو الرحى أو انقطع الماء أو طرأ فيها ما يمنع العمارة فلا يجبر ربها على إصلاحه، ومتى أصلحه فى أثناء المدة فيلزم المكترى المقام عليه، ويحاسب لمدة العطالة من الكراء إلا أن يطول ذلك فى مثل الحانوت والفرن

وأضر بالمكترى فيكون له نقض الكراء والشهر ونحوه فى العام ليس بطول، وإذا انقطع طحن الرحى من فتنة نزلت بالبلد حتى خلا أهله ولم يغشها أحد سقط الكراء عن المكترى لها فى تلك المدة، وكذلك إن طرقها اللصوص فقتلوا من فيها حتى لا يقدر المتقبل على عمارتها للخوف الغالب فإنه يفسخ الكراء فيها، وكذلك الفنادق المعدة للنزول إذا انقطعت بسبب الفتنة فذلك فيها جائحة، والفرن أيضاً إذا وقع بالبلد غلاء، وجوع وهرب الناس عنه حتى لم يكن فى جيرانه من يطبخ فيه وقل فيه الطبخ فذلك جائحة يحط من الكراء بقدرها إذا علم ذلك، قاله الحافظ أبو عمرو بن أزهر وابن رافع رأسه وغير واحد من الشيوخ، وفى مسائل ابن رشد: إذا قل الواردون للأرحى المكتراة لجهد أصاب ذلك المكان وما أشبه ذلك، وقل الواردون من البلاد لسكنى الفنادق المكتراة المتخذة للنزول فيها من فتنة أو خوف حدث بالطريق أو ما أشبه ذلك كان ذلك عيباً فيما اكتراه المكترى فيكون مخيراً بين أن يتمسك بكرائه أو يرده ويفسخه عن نفسه، فإن سكت ولم يقم حتى مضت المدة أو بعضها لزمه جميع الكراء ولا يسقط عنه الكراء إلا بجلاء أهل ذلك الموضع حتى تبقى الرحى معطلة والفنادق خالية لم تسكن ولا يلزم المكرى إذا قلت الفائدة أن يحط عن المكترى من كرائه ما نقصه من الواردة بغير رضاه، وإنما يجب فى ذلك للمكترى الخيار،وقال فيها أيضاً. إذا قلت التجارة فى الحوانيت لضعف الناس وقل التجر فيها لضعف أحوالهم فليس ذلك فيها جائحة وسواء كانت الحوانيت للأحباس أو غيرها الحكم فى ذلك سواء، ولا قيام للمكترى لها بذلك، وفى «المجالس»: إذا تخربت الرحى بسيل حمل جميعها فأراد المتقبل بناءها من ماله ليتم قبالته وأبى ربها

إلا فسخ القبالة فذلك لربها، وبذلك أفتى أهل الشورى بطليطلة، وقال المشاور: للمتقبل ذلك، ويأخذ قيمة بنيانه مقلوعاً عند خروجه وهو الصحيح، ولصاحب الرحى أن يقدم فى الطحن من شاء، قاله مطرف وابن الماجشون، وقال سحنون فى «كتاب ابنه» إن كانت سنة البلد أن يطحنوا على الدولة فلا يقدم صاحب الرحى أحداً على من أتى قبله، وإن تحاكموا فى ذلك قضى بينهم بسنة بلدهم، ومن سبق بنزول الطعام فى الرحى فهو صاحب الدولة.

فصل

والأرض فى كرائها أقوال:

أحدها: أنه لا يجوز كراؤها بالطعام كله ولا بشيء مما تنبته كالقطن والكتان وهو مذهب مالك وجمهور أصحابه إلا القصب والخشب والصندل ونحو ذلك مما لا يزرع فيها خاصة، سواء كان الطعام مما تنبته كالحنطة وشبهها أو مما لا تنبته كاللحم والعسل وغير ذلك الحكم فى ذلك واحد.

والثاني: أنه يجوز كراؤها بكل شيء من الطعام وغيره ما عدا الحنطة وأخواتها وهو قول ابن نافع، والثالث: أنه يجوز كراؤها بكل شيء من الطعام وغيره مطلقاً والرابع: أنه لا يجوز كراؤها بشيء إذا أعيد فيها نبت، ويجوز بغير ذلك من طعام وغيره وهو قول ابن كنانة ورواية يحيى عن مالك، ولا يجوز أيضاً كراؤها بجزء مما يخرج منها، فإن وقع ذلك فسخ، فإن فات فكراؤها كراء مثلها، قال عيسى بن دينار: ومن أكراها على أحد الأقوال المذكورة أجزت

كراءه و لم أفسخه وهو على قسمين مأمون الرى وغير مأمون، فأما المأمون الرى فيها فهي التى تسقى بماء الأنهر والعيون والآبار الغزيرة التى يكفى ماؤها ليسقى أرضها فى كل أوان فهذه يجوز كراؤها إلى العامين والثلاثة وأكثر إلى عشرة أعوام، وقيل: إلى العشرين، ويجوز اشتراط النقد فيها ويلحق بها أرض نيل مصر لأنه لا يكاد يخلف، قال ابن فتحون: وكذلك ببعض جهاتها أرض كريمة منخفضة كبيرة العنصر إذا رويت وسال الماء فيها زرعت للحرث، وكفاها ذلك الرى من قحطها إلى تمام زرعها عاودها المطر أو لا، فهذه تجرى ذلك المجرى، وأرض البعل التى يتعاهدها المطر فلا يكاد يخطئها فى كل عام إلا فى النادر هي أيضاً من ذلك ومجراها مجرى أرض النيل، وفى أرض الأندلس خلاف هل هي من ذلك أو لا فروى ابن حبيب عن ابن عبد الحكم وأصبغ أنها من ذلك، وروى مطرف وابن الماجشون أنها ليست من ذلك، قال: وبذلك آخذ لأن عمر ابن عبد العزيز كره النقد فى أرض النيل، فكيف بأرض الأندلس لأن المطر يحبس عنها فى بعض الأعوام؛ وأما القسم الثاني وهو غير المأمون مما عدا ما ذكر وهي التى تروي وتزرع ثم لا يتم زرعها إلا بأن يعاودها المطر ونحو ذلك فهذه لا يجوز اشتراط النقد فيها إلا فى آخر رى يتم به الزرع، ويجوز عقد الكراء إلى عشر سنين فأقل عند ابن القاسم وأكثر الرواة، وقال أشهب: لا يجوز كراؤها إلا لعام واحد عند ترقب الغيث وإمكان الحرث لا قبل ذلك.

ويكتب فى كراء المأمون ذلك: عقد اكترى فلان من فلان جميع المواضع السقوية المعلومة له بقرية كذا حدودها كذا بحقوقها ومنافعها وشؤونها كذا بكراء مبلغه كذا قبضه المكرى إذ هي من الأرض المأمون السقي فيها أو ينتفع

لأجل كذا، ونزل المكترى فى مكتراه لاستيفاء منفعته وهو عارف به، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

ويكتب فى الأرض البعلية وغير المأمونة: عقد اكترى فلان من فلان جميع الأرض البعلية المعلومة له بكذا حدوده كذا لمدة من عام واحد أو له كذا بكذا وكذا يندفع لأجل كذا، وقد نزل المكترى فى مكتراه لاستيفاء منفعته فيه وهو عارف، وشهد عليهما بذلك فى كذا. وإن كانت المدة لسنتين أو ثلاثة ذكرتها على مذهب ابن القاسم، وإن كانت الأرض فيها السقي والبعل فالأحسن أن يكتب فى عقدين، وإن كتبها فى عقد واحد جاز وإن لم يشترط النقد فى شيء من الكراء،ويجوز النقد بطوع على كل حال والكراء فى الأرض كلها لمدة معلومة ويجوز كراؤها مساناة كالرباع، ويجوز أيضاً فى التى تزرع منها بطوناً كراؤها مشاهرة ولكل واحد منهما الانحلال فى المساقاة والمشاهرة ما لم يزرع، فإن زرع لزمه الكراء للمدة التى عينها، فإن كانت الأرض مما تزرع العام كله كالتى تزرع للخضر والبقول أو مما تزرع مدة فى العام كأرض الزرع، فإن كانت مما تزرع العام كله فأول العام فيها تاريخ العقد وآخره تمام السنة من يوم العقد، وإن كانت مما تزرع مدة فى العام فأول العام فيها وقت الزراعة أو وقت حرثها كالزرع، وإن كانت مما تحتاج لذلك وآخره حصاد الزرع ولا شيء للمكترى فيها بقية السنة ولا يحط عنه من كراء العام شيء، وينطلق إذ ذاك يد صاحبها عليها فإذا انقضى أمد الكراء وفيها زرع أو بقل لم يبد صلاحه فلا يجوز لرب الأرض قلعه ولا شراؤه، وقال بعض شيوخ القرويين: يجوز له شراؤه، عند ابن القاسم لا يجوز له ذلك، ويبقى الزرع إلى تمامه. ويكون عليه

كراؤها فى تلك المدة، وقيل: الأكثر من كرائها أو كراء المثل، وقال ابن حبيب: إن زرعها وهو يعلم أن الكراء ينقضى قبل تمامه فربها مخير فى قلع الزرع وإفساده وأخذ الكراء، وإن كان زرعها وهو يظن ذلك فلا يكون لرب الأرض إفساده وعليه الكراء، فإن كان فى الأرض ثمرة جاز اشتراطها إن كانت تابعة، وكذلك إن كان فيها زرع أو بقل جاز اشتراطه للمكترى على الشروط الأربعة فى الثمرة وهو أن يشترط جملتها، وأن تكون تطيب قبل انقضاء المدة وأن يكون قصد دفع المضرة فى التصرف إليها، وأن تكون تبعاً، فإن كانت دون الثلث فهي تبع باتفاق، وإن كانت أكثر من الثلث فليست تبعاً باتفاق، وفى الثلث قولان، فإن استثنى صاحب الأرض ثمرات معينة لنفسه وأدخل فى الباقي الكراء فمنع ذلك ابن العطار وأجاز ذلك ابن أبى زمنين، وزاد أنه يجوز له لصاحب الأرض أن يستثنى أحواضاً لنفسه ويزرعها له المكترى ويقوم بمؤنتها حتى تتم، ولا تكون الزريعة من عند المكترى.

والجائحة فى الأرض المكتراة إنما هي من القحط المتوالي حتى ييبس الزرع، ومن استغدارها بالأمطار الملحية حتى يفسد، وكذلك إن فسد بسبب دود أو فار فى الأرض فذلك جائحة أيضاً، فإن فسد الزرع بجملته بسبب شيء من ذلك سقط عنه جميع الكراء، وإن أصاب البعض أدى من الكراء بحسابه، قال ابن فتحون: وذلك بأن يقال كم تعطى هذه الأرض على التوسط؟ فيقال: ست حبات، فإن أصاب ثلاث حبات أدى نصف الكراء أو اثنتين أدى الثلث، وقال بعضهم: إن أدى ما بذر بلا زيادة فلا يلزمه شيء، وكذلك فى الحبتين أدى

الثانية قدر المؤمنة ولا تعتبر من الجوائح فى الكراء غير ما ذكر من حر أو برد أو جراد أو غير ذلك ، والكراء له لازم، وإن أذهبته الجائحة بالكلية.

وسئل ابن رشد عن الزرع إذا أصابه الضر وهو ربيع ثم أصابه القحط بعد ذلك هل يلزم الكراء للزارع؟ فقال: إذا توالى القحط حتى علم أن الزرع لو سلك من الضرّ لأهلكه القحط فالكراء عنه ساقط، ذكر ذلك فى «مسائله»، فإن أصاب الأرض القحط والاستغدار قبل الزراعة واستمر ذلك إلى تمام الإبان فالكراء عنه ساقط، وإن أقلع ذلك فى الإبان وأمكنه الإزدراع فلم يزرع فلا يسقط عنه الكراء بحال، قال ابن فتحون: وكذلك إن منع من الزرع فتنة فالكراء عنه ساقط، ولا يجوز عقد الكراء فى الأحباس على معين إلا لعامين فأقل، وقال أشهب: يجوز إلى أكثر من ذلك، وكذلك الأحباس على المساجد والمرضى ونحوه استحسن فيها إلى أربعة أعوام، وتجوز إلى أكثر، وفى الأول لابن سهل، هذا فى الأرض، وأما فى الدور والحوانيت وشبهها فعاماً بعد عام، وإذا حصد المكترى زرعه وأصابه برد فانتثر فى الأرض منه ونبت فى السنة المقبلة فهو لرب الأرض لا للمكتري، وقال أصبغ: فمن زرع كموناً فى أرضه فابطأ نباته حتى يئس منه فأكرى الأرض ممن غرس فيها مقثأة فنبت الكمون مع المقثأة فالكمون لرب الأرض والمقثأة لصاحبها، ويقبض الكراء على قدر انتفاعها هذا بكمونه وهذا بمقثأته، وإن أضر الكمون بالمقثأة حتى نقصها فليس له قلعة، ويوضع عنه من حصته من الكراء بقدر ما نقصته مقثأته، وكذلك لو أبطلها بالجملة لسقط عنه الكراء ومصيبتها منه كما لو غرسها فلم تنبت.

فصل

ويجوز الكراء في الثياب والقباب والسروج واللحم وكل شيء يعرف بعينه بعد الغيبة عليه، ولا يجوز فيما لا يعرف بعينه كالدنانير والدراهم وقدور الفخار وشبه ذلك، وقيل: يجوز كراء ما لا يعرف بعينه إذا لزمه صاحبه، وفي كراء المصحف للقراءة وإجازة الاستئجار لتجفيف الثياب قولان، وكذلك الحلي أجاز مالك كراءه في رواية ابن القاسم، وإن فيه لثقلا عنده، فقيل: إن ذلك من جهة أن الكراء يقع عليه اسم البيع، وقيل: إنه من أجل أنه قد يذهب بعضه بالاستعمال فيكون قد أخذ فيه ذهباً أو فضة.

ويكتب في كراء ما يكترى من ذلك: عقد اكترى فلان من فلان ثوباً صفته كذا أو قطاطاً صفته كذا أو عقد جوهر يحتوي على كذا بكراء مبلغه كذا لمدة من كذا، وقبض المكرى الكراء ويندفع لانقضاء المدة وقبض المكترى مكتراه وصار عنده لاستيفاء منافعه، وشهد عليهما بذلك في كذا.

بيان: ولا ضمان على المكترى فيما يتلف عنده من الحلي والثياب وغير ذلك مما ذكر إلا أن يتعدى أو يفرط ومن اكترى ثوباً يلبسه وحبس مصباحاً فسقط منه عليه شيء فأفسده فهو ضامن، وكذلك إن سقط من يده على جليس له فإن ادعى أنها ضاعت له أو سرقت فالقول قوله مع يمينه وهو مصدق في ذلك مأموناً كان أو غير مأمون، ويغرم الكراء كاملاً إلا أن تقوم بينة أنه ادعى تلفها قبل مدة الكراء ونشرها إذ ذاك فيغرم من الكراء بقدر ما انتفع، وكذلك أيضاً يصدق في صرف ذلك إلى صاحبه مع يمينه إلا أن يكون قبضه بعقد أو بإشهاد

فلا يرده إلا بالإشهاد، وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا ضاع عند امـــرأة حلـــى، فقالت: استأجرته وقالت صاحبته: أعرتك إياه أنها إن كانت صاحبته تكـــرى الحلي فالقول قول التى ضاع عندها أنها اكترته،ويسقط عنها الضمان وإن كانت ممن لا تكرى الحلي فيكون القول قولها أيضاً لأنه لا يؤخذ أحد بأكثر مما أقربه، قال القاضى أبو عبد الله: والذى يصح عندى أن الوجه الأول قول التى ضـــاع عندها الحلي أنها استاجرته، وأما القول الثاني فهو على قول أشهب، وأما علـــى قول ابن القاسم فإن القول قول صاحب الحلي كمن قال: قرض، وقال الآخـــر قراض.

فصل

والاستئجار على الأعمال جائز، ولابد من تبيين العمل ومقدار الأجرة.

ويكتب فى ذلك: عقد استأجر فلان فلاناً البناء أو النساج على عمل كـــذا وتصفه بأقصى ما تقدر عليه بأجرة مبلغها كذا قبضها الآجير أو تدفع لأجـــل كذا، وعلى الشروع فى العمل وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: قال ابن مغيث: والاستئجار على الأعمال ينقسم على ثلاثة أقسام:

أحدها: أن يكون على المجاعلة مثل أن يقول ابن لي فى هذا الموضـــع كـــذا، ولك كذا، ففى هذا القسم لا شيء له فى الأجرة إلا بعد فراغه، وما انهدم مـــن ذلك قبل كماله فعلى العامل ان يقيمه، والثاني: أن يكون على المؤاجرة مثل أن يقول: اعمل لي فى هذا الموضع كذا بكذا، ففى هذا القسم ما عمل فيه الأجير

من شيء كان له من الأجرة بحسابه إن أتى له مانع من التمام وما انهدم منه فمن رب المال إلا أن يعرف أن ذلك كان من غير سوء عمل الصانع فيكون عليه عمله ثانية، والثالث: أن يكون مضموناً بصفة مثل أن يعامله فى ذمته على حفر بئر حتى يبلغ الماء، وقد علما شدة الأرض ورطوبتها ثم يطويها بالحجارة حتى يكملها ففى هذا القسم ذلك مضمون على العامل فى ماله حى أو مات. والإجارة عقد لازم يلزم العام العمل بأثر العقد، فإن تربص بعده فإن كان بشرط فلا يجوز له إلا اليومين والثلاثة، وإن لم ينعقد بشرط فله الشهر ونحوه، وقال ابن رشد: والإجازة على كل شيء بعينه كنسج الغزل أو خياطة الثوب تنقسم على قسمين:

أحدهما: أن يكون مضموناً فى ذمة الأجير والثاني: أن يكون معيناً فى عينه. فأما إن كان مضموناً فى ذمته فلا يجوز إلا بتعجيل النقد والشروع فى العمل لأنهما إذا تأخرا جميعاً كان الدين بالدين فلا يجوز إلا بتعجيل أحد الطرفين أو بتعجيلهما معا. وأما إذا كان معيناً فى عينه فيجوز تعجيل الأجرة وتأخيره على أن يشرع فى العمل، فإن لم يشرع فى العمل إلى أجل لم يجز النقد إلا عند الشروع فى العمل،وروى سحنون عن ابن القاسم: أن مالكاً قال: من استأجر أجيراً على عمل شيء بعينه يعمله فلا يجوز فيه الأجل لأن الفراغ من العمل هو الجل فلا يستقيم الاستئجار إلى أجلين فى شيء واحد، وروى عن غير ابن القاسم أنه قال: إذا كان الأجل مما يرى أن الأجير يفرغ من العمل فى مثله جاز، وإن تأخر أعطى أجر مثله، وإن كان الأجل ضيقاً فلا يجوز، وهو قول أصبغ، وإذا مرض الأجير فى مدة الإجارة فلا تنفسخ الإجارة بمرضه، وإن صح

بقية المدة لزمه عمل باقيها، وكان له من الأجرة بقدر عمله إلا أن يتفقا على الفسخ، فإن قال الأجير مرضت شهراً وقال المستأجر: أكثر من ذلك، فإن كان مأوى الأجير عند المستأجر فالقول قوله، وإلا فالقول قول الأجير قبض الأجرة أو لا، قاله ابن القاسم، وبه مضت الفتيا عند الشيوخ، وقال ابن حبيب: القول قول الأجير على كل حال إن كان حراً، وقال أبو إسحاق التونسي: إن قال الأجير عملت السنة كلها، وقال المستأجر: عطلت منها كذا فلا يصدق على قول ابن القاسم، ويلزمه جميع الأجرة ويصدق عند غيره، وقال سحنون: من استأجر أجيراً يبنى له أو يحصد أو يعمل عملاً فمنعه المطر من العمل لم يكن له إلا بحساب ما عمل من النهار، قاله فى «الاستغناء»، قال: وله أن يحضر الجمعة والصلوات فى الجماعات، ولا يمنعه من ذلك، ولابن مغيث: لا يحضر الجمعة فى اليومين وشبههما، وإذا اختلفا فى الأجرة فإن كان قبل العمل تحالفا وتفاسخا وإن كان بعد العمل فالقول قول الصانع لأنه حائز للعمل، وفى كتاب «الاستغناء»: أن البناء مثل الصانع لأنه حائز للبناء، ولا يجوز أخذ الأجرة على عبادة معينة، وفى الإمامة ثلاثة أقوال: الجواز، والمنع، والفرق بين أن يكون مع غيرها أم لا، وفى «المدونة»: ويجوز أخذ الأجرة على الأذان والصلاة معاً، وكذلك أخذ الأجرة على تعليم القرآن لا بأس بها عند الجمهور، قال ابن رشد: ومذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- وجمهور أهل العلم أن أخذ الأجرة على تعليم القرآن جائز، ومن لم يجز ذلك من أهل العلم محجوج بمن أجاز ذلك لأنهم الجمهور إذ هو عمل لا يلزمه فجائز أن يأخذ عليه أجراً، وأما حديث الفرس فإنما كان ذلك فى أول الإسلام حين كان تعليم القرآن فرض عين فلما سقط

الآن فرض العين كان لمن جلس لذلك أخذ الأجرة، ويحكم لـه بالحذقـة إذا اشترطها أو جرى بها عرف؛ وهي إذا ختم القرآن فى قول سـحنون، وقيـل: حيث جرت العادة بها فى البلد من أجزاء القرآن، وإذا اختلف الجماعة من الإمام فى الصلاة: فقال ابن مغيث: لا يكون لهم عزلة إلا أن يثبتوا عليه بغيرهم جرحة فى دينه، وذلك إذا استأجره صاحب الأحباس، وأما إذا استأجرته الجماعة فذلك لهم من غير ثبت الجرحة، وقال الباجي: نزلت بإشبيلية فى إمام اختلـف عليـه الجيران فأفتى بأنه إن قام عليه النفر اليسير فلا يؤخر إلا أن تثبت عليه جرحه فى دينه، وإن كان قام عليه جميع الجيران أو جلهم فإنه يمنع من الصلاة لما جاء أنه لا يصلي أحد يقوم وهم له كارهون، وهكذا ذكر فيها ابن حبيب وشاور فيها قاضى إشبيلية بقرطبة، فقال أبو عمر أحمد بن عبد الملك مثل ذلك، وتابعه عليه غيره، وحكم القاضى بذلك، وإن قام بذلك غير أهل العدل والصلاح و لم يقدم بذلك أهل الخير منهم فلا يلتفت إليهم، وإن كان القائمون من غير أهل العدل أكثرن وفى «مسائل ابن الحاج»: سئل فى أهل القرية استأجروا إمامـا للـصلاة بالطعام على كل من تجب عليه منهم وجمعوا الأجرة سوى أربعة رجال منـهم يحرسون بقر القرية يزفون عند طلوع الشمس ويدخلونها فى المغـرب أبـوا أن يعطوا الأجرة مع جيرانهم، فقال: إذا التزموا الأجرة مع جيرانهم لزمتهم، وإن لم يلتزموا مع جيرانهم الجرة لم يلزمهم إلا أن يكون عرف أهل القرية على ذلـك فتلزمهم، فإن استأجر أهل القرية حارساً لزرعهم،

فيكتب فى ذلك ما جرت به العادة عندنا عقد: التزم فلان حراسـة زرع قرية كذا الصيفى فى عام التاريخ من البهائم السائبة والأيدى العادية والـصيد

الجاني، والقيام على ذلك ليلاً ونهاراً بأبلغ طاقته وأقصى مجهوده من الآن إلى نضوضه بأجرة مبلغها كذا من الطعام مستوفيها من أرباب الزرع عند دراسته أو قبض منها كذا والباقي لأمد كذا، وعليه النصيحة فى ذلك والاجتهاد، ورضى بذلك أهل القرية وكتبوا له بشهادتهم هنا بخطوط أيديهم لتكون شهادة عليهم برضاهم بذلك فى تاريخ كذا.

بيان: لابد أن يعين فى العقد الأجرة هل هي بنسبة ما لكل واحد منهم فى الزرع أو على غير ذلك، فإن وقع ذلك مجملاً ولم يبين فاختلف فى ذلك مجملاً ولم يبين فاختلف فى ذلك وكذلك فى كل ما يشابه ذلك من الإجارات، فقيل: إنها تكون على الرؤوس، وقيل: على قدر ما لكل منهم من الزرع، قال بعضهم: إن كان الحارس لا يتكلف إلا النظر خاصة فالقول الأول أقيس، وإن كان يتكلف مع ذلك عملاً فى الزرع سوى النظر فالقول الثاني أقيس، وقال أحمد بن نصير، فى الرفقة يستأجرون من يحرسهم من لصوص أول غيرهم فالأجرة على قدر ما لكل واحد منهم من الناض والمتاع، وعلى قيمة المتاع، وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا اتفق الجيران على رجل يحرس جناتهم أو كرومهم أو حوانيتهم فأبى بعضهم من ذلك فإنه يجبر معهم، قال: وكذلك أفتى ابن عتاب فى الدور يتفق الجيران على إصلاحها، ويأبى بعضهم من ذلك، قال القاضي: إلا أن يقول صاحب الكرم: أنا أحرسه بنفسى أو يحرسه غلامي أو أخى فله ذلك، وبذلك أفتيت، وسألت من سبتة عن قول لهم زرع استأجروا من يحرسه فأبى بعضهم من ذلك، وقال: معى من يحرس زرعي وزرع كل واحد منهم على حدة واستأجروا من يحرس، وأبى هو من الدخول معهم ولم يحرس له أحد حتى كمل

الزرع، فأفتيت بأنهم يرجعون عليه بما ينوبه من الأجرة قال: وأما الأجرة على الصلاة للإمام فمن أباها من الجيران لم يجبر عليها ولا يحكم عليه بها لأن الأجرة على الصلاة مكروهة فى أصلها، ولأن مشاهدتها فى الجماعة سنة لا فريضة، وينبغي فى أجرة الجمعة أن تلزم من أباها لأن شهود الجماعة فريضة وفى كتاب «الاستغناء» قال المشاور وغيره: وإذا كان لقوم بقر فى قرية أو غنم ليس لكل واحد منهم ما يرعاه راع فيأخذون راعياً يرعى عليهم غنمهم، ويتركون رجلاً أو رجلين لا يريدون أن يرعى لهما أو يريد القوم ولا يريد الراعي فلا يجبر الراعي ولا من يرعى له على الرعاية سواء قدر على رعايتها أو لم يقدر وليرع كل واحد منهما لنفسه وليفعل ما أحب إذ كل واحد يقدر على رعاية متاعه،وكذلك أهل الأرحى والأفران والحمامات لا يجبرون على طبخ ولا طحن لأحد وإن لم يكن فى الوضع غيرهم، ولمن شاء طبخ وطحن، ولا يجبر أحد على ما يملكه من نفسه وماله، كما لو قال الراعي: لا أرعى أحد كان له ذلك، وكذلك الصناع كلهم ولغيره نحوه، وإلا فيما كان من المباحات للناس كالفرن والرحى والحمام إذا لم يكن فى الموضع غيره وأبى من الطبخ والطحن فيه لأحد أنه يجبر على الطبخ من أباه بما يطبخ به مثله لا يزاد على ذلك؛ لأن ذلك من الضرر وللجار، وقد أوصى الله سبحانه وتعالى بالجار وأمر بالرفق به، وقد أباح هذه الأشياء للعامة، وكذلك البئر تكون فى ملكه فيبيحها للعامة وما أشبه ذلك والقياس الأول، وهذا استحسان وأخبرني الثقة من أصحابي أن القضاة بطليطلة كانوا يحكمون بإجبار الفران على طبخ خبز جاره إذا أبى من ذلك بمثل ما يطبخ به خبز مثله، ويرون أن امتناعه من ذلك ضرر، وفى سماع ابن القاسم من كتاب

الجعل من «الشرح» لابن رشد فيمن يتخيط الخياط أو يستعمل غيره من الصناع ولم يواجبه على شيء معلوم ثم يرضيه إذا فرغ منه، فقال: لا بأس بذلك، ومثله ما يعطي الحجام وصاحب الحمام،وكره ذلك ابن حبيب، ولم يبلغ به التحريم.

وسئل ابن رشد فى رجل باع من رجل سلعة بثمن معلوم إلى أجل معلــوم، وأراد أن يدفع له ثياباً يخيطها له أو يصبغها له ويقطع من ذلك، فقال: لا يجوز ذلك حل الأجل أو لم يحل إلا أن يخيط له أو يصبغ له علــى غــير شــرط ثم يتحاسبان بعد ذلك، وفى كتاب «الاستغناء»: من استؤجر لسنة بعينها أو لشهر بعينه لخدمة معروفة كالحرث وشبهه لم يكن لواحد منهما أن يحل الأجرة قبــل تمامها إذا أبى الثاني إلا أن يتراضيا جميعاً على ذلك، فإن فعل ذلك فقد اختلــف فى الأجرة، فقال بعض شيوخ المتأخرين: إن أخرجه المؤاجر قبل تمام المدة كان له عليه أجرته ونفقته وكسوته إن كانت مشترطة إلى تمام المدة، قال غيرهــم: وكذلك إن أخرج الأجير قبل تمام المدة لم يكن له شيء مما خدم لأنه ترك مــا كان يجب له بتركه تمام المعاملة، وبذلك قال أبو ميمونة فقيه فاس وغيره، وقال غيرهم: لا يكون له الإنحال إلا أن يدعى كل واحد منهما ضرر أو سرقة أو غير ذلك، فإن علم بتلك الدعوى كان لكل واحد منهما حل الإجارة، ويكون لــه بقدر ما خدم، والأصل فى هذا أن من أراد منهما قطع المعاملة فقد رضى بترك حقه إذا لم يتم شرطه، لأن الأجرة لازمة إلى وقت تمام عقدها؛ ولأن المسلمين عند شروطهم وهذا وجه القياس والقضاء، والاستحسان أن كل من عمل عملاً انتفع به فينبغي أن يدفع للأجير أجرته، ونحو هذا من القولين وفى «المؤلفة» لابن لبابة، قال أصبغ بن خليل: فيمن أجر فرناً على طبخ خبز إلى شهر ودفع إليــه

الأجرة ولم يطبخ له شيئاً من استغناء عنه أو رحيل أو غيره: أنه لا يرجع عليه بشيء ولزمه إحضار خبزه، وإذا تعطل أجير الحرث لانكسار محراثه أو توقف ثور فالأجرة له واجبة لا يحط بذلك شيئاً، وإن كان لمطر منع من الحرث أو الزراعة أو لقحط امتنعت به الأرض أو لمرض الأجير فلا أجرة له فى هذا ويحط له من الأجرة بقدر الأيام التى تعطل فيها بسبب ذلك، وعليه من رعى البقر وطلب العشب لها ما جرى به العرف من ذلك.

الاستئجار فى راعية الغنم

والاستئجار فى رعاية الغنم على غنم بأعيانها وعلى عدد معلوم وغير معين، وعلى أن يحرس له غنمه من غير عدد ولا تعيين.

فأما الوجه الأول فيكون على شرط الخلف، فإن لم يكن على ذلك فالإجازة فاسدة ويفسخ ويكون للراعي أجرة مثله فيما رعى.

ويكتب فى ذلك عقد: استأجر فلان فلاناً على حراسة غنمه التى له بموضع كذا وعدها كذا المدة من عام أوله كذا بأجرة مبلغها كذا وتولى الراعي حراستها بعد أن نظر إليها وعدها وصارت بيده وتحت عصاه يطلب بها الخلف والكلا، وعليه الاجتهاد فى ذلك وأداء الأمانة فيه، وعلى صاحبها خلف ما ضاع منها أو مات أو باعه بطول هذه المدة وعرفا قدرة وشهد عليهما بذلك فى كذا.

فإن وقع العقد مسكوتاً فيه عن ذكر الخلف، فقيل: إنه يفسد لعدم النص على ذلك، وقيل: إنه محمول على شرط الخلف حتى يثبت على أنهما دخلا على أن لا خلف فيها، وإن أتى الراعي فى هذا براع آخر مكانه لم يجز له ذلك، قال سحنون: ولو رضى بذلك أيضاً صاحبها لم يجز وكان حراماً، وقال ابن لبابة: إن كل الراعي مثله فى الأمانة والكفاية لم يضمن، وإن لم يكن مثله ضمن، وقال أبو صالح: هو ضامن كان مثله أو لم يكن.

ويكتب فى الوجه الثاني: عقد استأجر فلان فلاناً على حراسة كذا وكذا رأسا من الغنم يحرسها له لمدة كذا بأجرة كذا، وعلى الراعي المذكور أن يطلب لها الخصب والكلا، ويقوم عليها بأبلغ طاقته واجتهاده إلى تمام المدة وعرفا قدرة وشهد عليهما ذلك فى كذا.

وعقد الإجارة على هذه الوجه جائز، ويلزم الراعي خدمة العدد المذكور إلى تمام المدة، ولا يجوز فى هذا شرط الخلف، وإن فعل فسد، وإن هلكت الغنم أو بعضها كان لربها أن يأتى بغيرها ليرعى له الراعي إن أراد فإن أبى من ذلك لزمته الأجرة كلها، وكذلك يجوز له أن يستأجره على حرز غنم ولا يسمى له عدداً وهو الوجه الثالث إذا اشترط ضمنه لنفسه، ويلزمه أن يرعى ما مثله يقوي عليه.

ويكتب فى ذلك عقد: استأجر فلان فلاناً لحراسة الغنم لمدة من كذا على أن يضمنه لنفسه وتكون تحت يده بأجرة كذا يدفعها له بطول المدة والتزم الراعي المذكور ذلك، وشهد عليهما بذلك فى كذا. كأن توالدت الغنم فى المدة واختلفا فى رعايتها حملاً فى ذلك على العرف والعادة فى الموضع وذلك سواء فى

المعينة وغير المعينة. قال ابن مغيث وغيره: فإن لم يكن عرف فلا يلزم الراعي حراستها، قال: والذى يقتضيه أصول «المدونة» أن يلزمه حراستها كالذى يكترى من امرأة يحملها فتلد فى الطريق أنه يحمل المولود معها واشتراط ذلك فى عقد الإجارة أحسن.

ويكتب فى ذلك ما نصه: وشرط عليه مع ذلك حرز سخال عددها كعدد الأمهات من وقت ولادتها إلى فطامها، وتنفسخ الأجرة بموت الراعي، ولا تنفسخ بموت الغنم، وفى كتاب «الاستغناء»: إذا ادعى رجل فى غنم بيد راع أخلاطاً وصدقه الراعي وأنكر رب الغنم وادعاها لنفسه فالقول قوله مع يمينه ولا يقبل قول الراعي ولا إقراره،وإنما هو أمين على الرعاية، وليس له فى رقاب الغنم شيء، قال المشاور: وكذلك إن كان يرعى لقوم فتداعوا فى بعض الغنم أو فى شاة منها فعلى قول مالك –رضى الله تعالى عنه– يحلف من يقر له الراعي بذلك أنها له إذا كان عدلاً وإن لم يكن عدلاً و لم تقم له بينة لأحدهم والوسم ليس بشيء ولا يعتبر فى ذلك.

وسئل ابن رشد فى رجل استأجر راعياً على غنم له فلما كان بعد ذلك اختلف فى عدد الغنم، فقال ربها: استأجرتك على مائتى شاة وهي جملة ما بيد الراعي وقت التنازع، وقال الراعي: بل على مائة وخمسين، والخمسون الزائدة التى بيدى مالي وملكي كانت عندى وقت الإجارة أو أفدتها بعد ذلك بوجه سائغ يدعيه القول قول من ترى منهما وكيف وإن لم يدعها الراعي لنفسه وادعى أنها الرجل أجنبى حاضر أو غائب والغنم وقت الدعوى ممكن أن تأوي إلى دار صاحب الغنم أو إلى دار أجنبى أو إلى الفحص بين لنا الوجه فى ذلك؟

فأجاب الذى أراء فى ذلك أن لا يصدق الراعي إلا أن يأتي بسبب يدل على صدقه فيحلف معه،وإن أقر بشيء منها لغير الذى استأجره فهو له شاهد تقبل شهادته إن كان عدلاً وسواء كان مأوى الراعي إلى داره أو إلى دار الذى استأجره وإذا رعى الراعي ثوراً أو غنماً لحاضر أو غائب بغير أمره سائبة أو غيرها فله أجرته، ولا كلام لصاحبه أن يقول: هلا دفعته عن نفسك فإن كانت سائبة فتركها و لم يضمها فضاعت فلا ضمان عليه، ولا ضمان على الراعي فيما تلف من الغنم وغيرها إذا لم يتعد ولا فرط، وأقصى ما عليه فيما ضل أو هلك اليمين أنه ما فرط ولا تعدى، وإن شرط عليه الضمان فلا يلزمه وفسخت الإجارة وردت إلى أجرة المثل فيما رعى، والحكم فى ذلك واحد كانت الغنم لواحد أو لجماعة، وروى عن ابن المسيب فى الراعي الذى يلقي الناس أغنامهم إليه أنه لا ضمان لما تلف منها ورآه كالصانع وليس على ذلك عمل، وإذا أتى الراعي بالشاة مذبوحة، فقال: خشيت عليها الموت فهو مصدق، وإذا شرط على الراعي أن لا يرعاها فى موضع سماه فخالف فى ذلك فعطبت فيه فهو ضامن، وكذلك إن رماها فانكسرت أو فقأ عينها فهو ضامن، وفى بعض الكتب: ما كسر بالعصى منها حين يرودها فلا ضمان عليه، وما كسر بالحجارة فهو ضامن لأنه متعد، وفرق بعضهم بين أن تحيد من رميته فتسقط فى بئر ونحو ذلك فلا يضمن فى ذلك عنده وضعف ذلك ابن يونس، وقال: إنه خلاف «المدونة»، وكل شيء صنعه الراعي من غير الوجه الذى يجوز له أن يفعله فأصاب الغنم من صنيعه عيب فهو ضامن وإن صنع ما يجوز له أن يصنع فلا ضمان عليه، قال بعضهم: الأصل فى الأجراء كلهم الراعي وغيره أنهم

مؤتمنون ولا ضمان عليهم إلا أن يكون منهم تعد أو تفريط ولا يخرج من ذلك إلا صنفان.

أحدهما: إجراء حمل الطعام فإنهم ضامنون مطلقاً كان الطعام ما كان إلا ببينة، والثاني: الصناع المنتصبون للعمل فإنهم ضامنون أيضاً لما تلف عندهم بخلاف الذى لم ينصب نفسه للعمل، فإن قامت له بينة بالتلف ففي سقوط الضمان قولان، قال بعض المتأخرين: إذا ادعى الصناع أنه نقب عليهم أو احترق موضعهم فإنهم ضامنون، وإن ظهر النار أو النقب ونزلت بقرطبة مسألة النار فحرقت حوانيت الصناع فأفتى فيها محمد بن أيمن بأن يحلف الصناع بأن أمتعة الطالبين كانت فى حوانيتهم، وأنها احترقت ويبرؤا من الضمان، والقضاء بقرطبة بإلزامهم الضمان إلا أن يثبت معاينة احتراق الأمتعة بأعيانها، وكذلك الطعام يكون فى الرحي فيحمله السيل إن ثبت أن الطعام كان حاضراً حين السيل أو النار فلم يستطع التخلص إليه فحينئذ يسقط الضمان، وإلا فلا، فإن اشترط الصانع نفى الضمان ففى انتفاعه بذلك روايتان، وأما دعوى الرد فالمشهور المعلوم من قول مالك وأصحابه أنهم لا يصدقون كالتلف، وقيل: إنهم يصدقون إلا أن يشهد عليهم حين الدفع وهو قول ابن الماجشون وحارس الحمام لا يضمن لأنه أجير، وقيل: يضمن لأنه نصب نفسه لذلك كالصانع، وكذلك حارس الغنم المشترك فى ضمانه إتلاف كما تقدم، قال ابن عبد البر والصانة والسماسرة أيضاً فى ضمانهم اختلاف عن مالك وغيره، وتحصيل مذهبه لا ضمان عليهم إلا فيما تعدوا وضيعوا، والذى أذهب إليه أنهم ضامنون إلا أن يتبين صدقهم، وسئل فى ذلك ابن رشد فقال: وأما الصاغة فيتخرج فيهم

القولان اللذان فى الأجير المشترك لمالك وأصحابه فمرة أجراه مجرى الأجير فلم يضمنه ومرة أجراه مجرى الصانع فضمنه، وكذلك السماسرة، والذى استحسن فى ذلك بعض الفقهاء أن من كان منهم موصوفاً بالخير والثقة معلوماً بهما فهو كالأجير فيما ضاع عنده ولا يقبل قوله فيما ادعى رده ولا فرق بين ما أخذه للبيع أو طلبوه من الطلاب ومن فرق بينهما فليس ببين، وقال ابن أبي زيد فى الذى يدفع إلى الصراف الدينار ليصرفه أو الحلي أو الثياب للبيع أو الرقيق إلى النخاس أو الدواب بأجر أو بغير أجر، فيقول النخاس: ذهب مني أو الصراف سقط مني أو يقولان: بعنا وسقط الثمن أو بعنا من هذا الرجل وهو يجحد فهم ضامنون إن لم يقيموا البينة بالبيع منه وقبضه السلعة إلا أن يكونوا من السماسرة الطوافين بالأسواق الذين شأنهم البيع، ولا يشهدون فلا ضمان عليهم، وقال ابن رشد فى «مسائله»: أما السمسار يدعى بيع السلعة من رجل بعينه وهو ينكر فلا اختلاف فى أنه ضامن لتركه الإشهاد ولا اعتبار بالعرف فى ذلك.

وفى «مسائل ابن الحاج»: سئل فى رجل دفع رمكه إلى النخاس فى سوق الدواب فسوقها ثم ردها إلى الخيل فضاعت، قال: يظهر لي أن لا ضمان عليه، ولا وجه لقول من قال: إنه يضمن إلا أن يثبت عليه تضييع أو تفريط فيضمن، ولابد من يمينه أنه ما ضيع ولا فرط وحينئذ يبرأ، وقال فى مملوكة وضعت بيد طبيب ليعالجها فضاعت عنده، فأفتى أبو عمر الإشبيلي بأنه ضامن، وقال غيره: الصواب أن لا ضمان عليه فى ذلك، ويحلف إن كان منهما،وما حدث بالثوب عند السمسار عند نشره من تمزيق أو تفريق أو جذب مسمار حين تناوله فلا ضمان عليه فيه ما لم يتعدا ويجاوز القدر الذى أذن له فيه، فإن قال أهل البصر:

إن ما يحدث فيه لا يكون إلا عن تعمد ضمن وإن قالوا: إنه محتمل فهل يحمل على العداء حتى يظهر خلافه أو العكس؟ فى ذلك اختلاف، والصواب أنه محمول على العداء، وكذلك الثوب عند الخياط أو القصار يحدث فيه قرض الفأر فهو ضامن فى قول مالك إلا أن يرفعه بمحضر شهود فى موضع لا تصل إليه فيه فأرة ثم يخرجه قبل زوالهم وفيه أثر قطع الفأر، وقال ابن حبيب: إذا قطع أهل البصر أنه قطع فأر حلف الصانع ما فرط ولا ضيع فى قطع الفأر ولا ضمان عليه.

وما أفسد الرحى من الطعام فعلى الممسك للرحى ضمانه إذا جلس عليه والتزمه، وكذلك إذا لم يبين أن الرحى منقوش فما أفسد ضمن، قال فى «المؤلفة»: فإن طحن الناس لأنفسهم ولم يجلس صاحب الرحى على ذلك فلا ضمان عليه، وإذا اختلف الصانع وصاحب الشيء فقال الصانع أمرتني بخلخالين، وقال صاحبه: بسوارين، فالقول قول الصانع، وكذلك فى مقدار الأجرة القول قوله إذا أتى بما يشبه، فإن قال المالك له: أودعتك، وقال الصانع استصنعتني، فالقول قول الصانع عند ابن القاسم، وقيل: هو مدع، وإن قال صاحبه: سرق مني، وقال الصانع: استصنعتني، فقال ابن القاسم: يتحالفان، ويقال لصاحبه: ادفع قيمة العمل، فإن أبى قيل للصانع: ادفع قيمة المتاع بغير عمل، فإن أبى كانا شريكين، وقال غيره: الصانع مدع، وللصانع أن يقدم من شاء فى العمل، وصاحب الرحى كذلك ما لم يتعمد ظلماً ومطلاً، وقال ابن القاسم: لا يجوز ذلك إلا فى القليل، قال ابن أبى زمنين: أو يقدموا عالماً أو شيخاً لسنة على قدر الاجتهاد.

وسئل ابن رشد عن الدلال يبيع لنفسه سلعة فهل يجوز أن يأخذ عليها أجرة، فقال: لا أجرة له عليها إلا أن يبين للمبتاع أنها له ويشترطها عليه.

وسئل فيمن استأجر أجير بطعام بموضع ثم خرجوا منه فألفاه وضع آخر فطلبه بالأجرة، فقال: ليس للأجير إلا مكيلة طعامه بموضع الإجارة، فإن رضى المستأجر أن يعطيه مكيلة طعامه حيث لقيه جاز، ولا يجوز له أن يدفع له ثمناً، فإن أبى قضى للأجير بقيمة عمله لتعذر الوصول لموضع العمل، ويجوز للرجل أن يؤاجر ابنه غنياً كان أو فقيرا، قال ابن مغيث: كان للابن مال أو لم يكن، وقال بعض الفقهاء: إذا كان الأب غنياً أو الابن لم يجز أن يؤاجره، قال: وهذا القول مرغوب عنه، والأول أحسن.

ويجوز استئجار الفحل للإنزاء، أمداً معلوماً ونزوات معلومة، وروى عن ابن حبيب أنه كرهه، وليس من مكارم الأخلاق، ومن أنزى دابة بغير إذن صاحبها أدب على فعله وإن لم تعطب، فإن عطبت ضمنها، والله سبحانه وتعالى أعلم.

فصل

والكراء فى الرواحل والسفن جائز على وجهين على التعيين، وعلى الضمان.

ويكتب فى كراء الدابة المعينة: عقدٌ اكترى فلان من فلان بغله الذى من صفته كذا وكذا ليحمل عليه كذا من موضع كذا إلى موضع كذا أو فرسه ليركبه، ويسافر عليه من بلد كذا إلى موضع كذا على طريق كذا بكراء مبلغه كذا قبضه، وأبرأ منه، أو يندفع لأمد كذا، وقد وقف عليه ورآه وصار بيده على الوجه المذكور، وعلى السنة فى ذلك، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: الكراء فى الدابة المعينة يجوز أن يكون إلى أجل وأن يكون نقد، وأما المضمون، فإن كان على أن يأتيه فى الليلة التى عقد فيها الكراء، أو فى الغد فيجوز اشتراط التأخير فى الكراء وإلا لم يجز إلا أن يكون معجلا، والتعجيل جائز على كل حال، فإن اشترط فى المعينة أخذها إلى شهر ونحوه، فلا يجوز النقد فيها بشرط.

وفى «العتبية»: لا يعجبنى نقد الكراء إلى عشرة أيام، وإذا عطبت الدابة المعينة انفسخ الكراء وله بحسابه، ولا ينفسخ فى المضمونة، ويلزمه أن يأتيه بدابة أخرى حتى يبلغه للمكان المشترط، وإن حدث فى الطريق فساد لا يقدم عليه، ولا يرجى انكشافه انفسخ الكراء فى المضمونة والمعينة، وتحاسبا على الكراء، وعلى رب الدابة أن يبلغه إلى مستعتب إقامة إن قدر بكرائه الأول أو خلفه بأجرة مثله، ولا يجوز اشتراط الخلف فى الدابة المعينة، ويجوز على أنه إن وجد حاجته

دون المسافة حاسبه، وذلك فى المضمونة والمعينة، وإذا تنازعا فى أداء الكراء و لم يكن بينهما فيه شرط حملا فى أدائه على العادة، فإن لم تكن عادة فيؤدى له فى كل يوم بحسابه، ولا يجوز أن يكترى الدابة على أنه ضمان لها ويفسخ الكراء، ويعطى كراء مثلها دون ضمان، وللمكترى أن يحمل على الدابة غيره عوضه ممن هو مثله، ولا ضمان عليه فى ذلك فإن أراد حملها إلى بلد آخر غير الذى شرط فليس ذلك له، وإن كان مثله، وإن اكتراها إلى موضع فتعدى ذلك الموضع وزاد عليه فربّها مخير بين أخذ الكراء فيما شرط وفيما زاد، أو تضمينه قيمة الدابة يوم تعدى عليها، وإن ردها سالمة لم تتغير.

قال ابن القاسم: كان للذى زاد الميل والميلين أو أكثر الخيار لصاحبها فى ذلك، وقد قيل: إنه ضامن، ولو زاد خطوة وكذلك إن حبسها عن صاحبها بعد المدة المشترطة مثل أن يحبسها الشهر ونحوه فربها مخير بين أخذ الكراء فيما حبسها وفيما شرطها أو أخذ قيمتها يوم تعدى بحبسها إلا أن يكون حبسها شيئًا يسيرًا فليس له إلا الكراء، وسواء تغيرت الدابة أو لم تتغير له أخذ القيمة أو الكراء على المشهور، وإن تعدى عليها فضاعت فغرم قيمتها ثم أتى بها بعد ذلك لم تتغير فأراد صاحبها أخذها ورد القيمة فليس ذلك له لأنها مبايعة قد تمت بينهما، وإذا ضلت الدابة بالمتاع فلا كراء لصاحبها، فإن أدى جعلا لمن جاء بها فالجعل على رب الدابة، فإن ذهب المتاع بلصوص أو شبه ذلك فعليه الكراء على المشهور، ولا تنفسخ الإجارة بذهاب المتاع المستأجر على حمله، وإن كان معينا، وسواء كان ذلك قبل أن يخرج أو بعد أن خرج.

وهو قول ابن القاسم، وروايته عن مالك فى «المدونة» خلاف ما فى سماع أصبغ من أن الكراء ينفسخ، قال ابن رشد: ويتحصل فى هذه المسألة ثلاثة أقوال أحدها: أن الإجارة تنفسخ بتلفه جملة من غير تفصيل، والثانى: أنها لا تنفسخ بتلفه جملة من غير تفصيل، وله أن يأتى بمتاع آخر يحمله أو يكريه من يحمل عليه، والثالث: الفرق بين أن يتلف بأمر من الله تعالى أو من قبل ما عليه استحمل فإن كان بأمر من الله لم ينفسخ الكراء، وإن كان من قبل ما عليه استحمل انفسخ الكراء فيما بقى، ولم يكن له شئ فيما مضى، وقيل: له بحساب ما سار ومن اكترى دابة إلى موضع فرجع بها من الطريق فالكراء له لازم.

وفى بعض الكتب: سئل بعضهم عن رجل اكترى طحانا ليطحن له على دابته فحمل الطعام ثم رده من الرحى بحادث حدث له أو لأن الطعام كان غير يابس، فقال: ليس له أجرة إلا بعد الفراغ من العمل، وقال ابن لبابة: له بقدر ما عمل، وفى كتاب «الاستغناء»: قال بعض الشيوخ: من أكرى دواب على متاع إلى موضع وفى الطريق نهر لا يجاز إلا على المراكب قد عرف ذلك فإن جواز المتاع على ربه والدابة على أربابها، وإن كان يخاض فى المخائض فاعترضه حملان فتجويز المتاع على صاحب الدواب، وذلك جائحة نزلت، وكذلك إن كان النهر شتويا يحمل بالأمطار إلا أن يكون وقت الكراء قد علموا بجريه، وعلى ذلك دخلوا فيكون كالنهر الدائم، وأما السفن فيكون الكراء فيها على التعيين وعلى الضمان، فإن وقع الكراء مبهما فيها وفى الدواب فإنه يحمل على

الضمان، وإن لم يكن للمكترى إلا دابة بعينها أو سفينة بعينها، ويلزمه حمله إن حدث فى السفينة أو الدابة ما يمنعها.

ويكتب فى كراء سفينة بعينها: عقدٌ اكترى فلان من فلان سفينته التى من نوع كذا بجميع آلاتها من أقلع وصوارى، وغير ذلك، وبمن لها من النواتية وعددهم كذا ليحمل ما له من الوسق والركاب وما يحتاج إليه مما يحتمل، ويستأجر به من بلد كذا إلى موضع كذا بأجرة مبلغها كذا قبضها أو تندفع لأجل كذا، وليشرع فى السفر من يوم كذا، وبعد أن وقف عليها وأحاط علما وبصرًا، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

ويكتب فى المضمون: عقدٌ اتفق فلان مع فلان على أن يحمله هو ومن له من الركاب وعددهم كذا، والوسق جملته كذا فى سفينة من نوع كذا من موضع كذا إلى موضع كذا بأجرة مبلغها كذا قبضها صاحب السفينة، وصارت عنده، والتزم ذلك، والشروع فيه من يوم كذا بعد معرفتهما بقدر ذلك، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: لابد من تبيين وقت السفر والموضع الذى يسافر إليه ولا يضرب فيه مدة لأن الرياح تختلف وهى على البلاغ عند مالك، وابن القاسم، قال ابن رشد: واختلف قوله هل يجوز النقد فيها بشرط؟ وفى «وثائق ابن فتحون»: المشهور من المذهب جواز النقد فى الكراء فيها، وروى فيه الكراهة، فإن غرقت أو عرض ما يمنعها عن البلاغ فلا شئ له من الكراء، وإن غرقت بالساحل على قول مالك وابن القاسم؛ إذ هى على البلاغ.

وقال ابن نافع: يحكم لها بحكم الدابة فى البر ما سارت فلها بحسابه، وقال أصبغ: إن أدركت مأمنا تدركه السفن أو حاذته فكالبر له بحساب ذلك، وإلا فهى على البلاغ، ولا كراء له، ولا يجوز عقد الكراء فيها فى وقت لا يجوز فيه السفر من خوف العدو والغرق، ويفسخ، فإن عرض ما يمنع من السفر من هول بحر أو عدو تربص عليه، فإن ذهب وقت ركوب البحر فمن دعا منهما إلى الفسخ فذلك له، فإن عرض لهم العدو أو هول البحر بالجن فليقصدوا موضع الأمن حتى يتهيأ لهم، ومن أراد منهم أن يترل متاعه وعليه الكراء كله فإن طال بهم وخشى فوات الوقت حاسبوه بالكراء، وإن تجاوزت بهم الرياح إلى غير البلد الذى قصدوه، فلأرباب المتاع أن يجبروهم على الرجوع إلى مقصدهم، ويؤدوا له الكراء الأول.

وسئل ابن رشد فيمن اكترى ملاحا ليحمل له من إشبيلية إلى سبتة مائة عدل من التين فحملها فألقاها فى مركبه، واندفع بها والريح طيبة، فحملها إلى مدينة سلا من غير ضرورة، فقال: يلزم الملاح مثل التين بإشبيلية وسياقتها إلى سبته، ولا يلزمه أن يردها من سلا إلى سبتة، وهو قول ابن القاسم، فقيل له: قد أفتى غيرك بأن يرد التين من سلا إلى سبتة على ما أحب الملاح أم كره، ويلزم الملاح ضمانها إن هلكت فى الطريق، فقال: قد ذكر هذا ابن حبيب، وليس بجيد، ولا أعتقده، وإذا تنازع صاحب المركب مع الركاب فى قبض الكراء فالقول قوله، وهل تجوز شهادة الركاب بعضهم على بعض كأهل الرفقة أم لا؟ فى ذلك قولان، أحدهما: أنها عاملة، وهو قول سحنون، وقال ابن عبدوس وغيره: ليس هذا موضع ضرورة ولا تجوز شهادتهم عليه وإذا خيف الغرق جاز طرح ما

ترجى به النجاة سوى الآدمى، ويبدأ بما ثقل وعظم جرمه، ويوزع المطروح على ما فيها من مال التجارة من العبيد والناض والجوهر وغير ذلك دون مال القنية، فإنه لا يوزع عليه كان ما كان.

قال بعض المتأخرين: ما لم يكن للتجارة من مال فهو كالعدم إن طرح لم يوزع، وإن لم يطرح فلا يوزع عليه، ولا يدخل فى التحاص إذ المقصود فى ركوب البحر هو التجارة، وما عداها من بضاعة أو مقتنى أو غير ذلك فهو وسائل وليست بمقاصد، ولا عبرة بها؛ هذا مذهب مالك، ومذهب أهل العراق أن التحاص يقع فى ذلك كله كان للقنية أو لغيرها، وفى جرم المركب، وجمهور المذهب على أن المركب لا يدخل فى التحاص.

وفى «سماع ابن القاسم» عن مالك: ليس على جرم المركب شئ مما طرح، قال مالك – رضى الله عنه– ولو كان ظرفا فارغا لنجا، وإنما كان طرحهم نجاة لمتاعهم فلا أرى عليه شيئًا، قال ابن رشد قوله: إنه ليس على جرم المركب شئ بين على ما قاله، وقد بين العلة فى ذلك أنه لو كان فارغا لنجا، قال: وكذلك ليس على صاحب السفينة شئ فى القلوب والأطراف التى تخلص بها السفينة، وأما ما كان فى جوف المركب من قارب وحبال وهو آجل، فإن ذلك يقوم على صاحب السفينة، قاله بعض أهل العلم وهو صحيح على أصل مذهب مالك – رضى الله تعالى عنه – لأنه ليس على جرم المركب شئ، وكذلك اختلف فى الدنانير والدراهم، فقيل: إنها لا تحسب ولا يوزع عليها، وهذا مذهب ابن عبد الحكم، وقيل: إنه يوزع عليها، وهو الأشهر عند أهل المذهب.

قال ابن حبيب: يوزع عليها إلا أن يكون زاد الحاج، وسئل فى ذلك ابن رشد، فقال: لا يجب فى طرح من المركب شئ على ما عند الركاب من الذهب والورق كان لهم أو وديعة عندهم أو بضاعة بأيديهم، وإنما يجب ذلك على الأمتاع لأنها هى التى تثقل المركب، ويخشى عليها الغرق من أجلها، هذا هو الصحيح من الأقوال الذى نعتقد صحته ونذهب إليه، فقد كان القياس أن يكون التراجع بينهم على ثقل الأمتاع، والقول بالتراجع على القيم خارج عن القياس -يعنى عن الاستحسان- فيبعد فى النظر أن يكون على الناض شئ، واختلف بم يكون التراجع؟ فقيل: بالقيمة وقت التلف، وقيل: بالقيمة فى أقرب المواضع إلى مكان الرمى، وقيل: بقيمته فى مكان الحمل، وقيل: بما اشترى به، والقول قول المطروح متاعه فيما يشبه من ذلك.

وسئل ابن رشد فى مركب صار فى قبضة العدو بما فيه من المتاع والتجار ففدى منهم بما فيه جملة، فقال: الواجب أن يفض ما فدى به على قيمة الأمتعة وما يعرف أنه يفدى به الأسارى دون مال من مثل ذلك المكان على ما قالوا فى الفادى والمفدى إذا اختلفا فى الفدية، وأتى كل واحد منهما بما لا يشبه، ولا ينظر فى ذلك إلى ما يساوون على أنهم عبيد ولا إلى دياتهم.

وسئل فى مركب لرجلين مشترك بينهما أرادا السفر ولأحدهما ما يحمل فيه وليس للآخر ما يحمل فيه ولا وجد كراءً، فقال: إن للذى لم يجد كراء ولا وجد ما يحمل فيه أن يأخذ من صاحبه كراء حصته لما حمل فيه، وله أن يمنعه من السفر فيه بنفسه خاصة حتى يواجبه على كراء يتفقان عليه أو ينفصلان عن الشركة فيه ببيعه وقسم ثمنه أو بمقاومة بينهما إن أحب، وإذا كان أرباب المتاع

غيبا عن المركب وادعى صاحب المركب أنه طرح بعض المتاع لهول البحر، فقال أشهب: هو ضامن لذلك حتى يثبت ما ادعاه، وقال ابن القاسم: يضمن الطعام دون المتاع، وأرباب السفن ضامنون لما احتملوا فيها من الطعام ما لم يكن معه صاحبه فإن كان معه مرة ولم يكن أخرى ففى ذلك اختلاف، وأن يضمن ذلك أحسن قاله ابن فتحون وغيره، وكذلك أصحاب الدواب يضمنون الطعام ولا ضمان عليهم فى غيره إلا أن يثبت تعدٍ أو تفريط، وسواء كان الطعام مما يتقوت به أو إدامًا أو فاكهة أو غير ذلك أجراء ذلك ضامنون له من أرباب الدواب والسفن على المعروف فى المذهب.

وقال ابن حبيب: إنما يلزم الضمان فيما يتقوت به من الطعام وما كان من إدام أو ثمرة خضار أو غير ذلك مما لا يتقوت به فلا ضمان فيه، والملح مما يلزم ضمانه باتفاق، وما أصاب المتاع فى السفينة من فساد حط من الكراء بقدره، وكذلك الطعام من بلل أو غيره إلا أن يكون البلل يسيرًا فلا عبرة به، فإن كان الفساد الذى أصاب بسبب السفينة وصاحبها من تعدٍ أو تفريط أو غررٍ ضمن، وإذا اختلط الطعام فى المركب فهم شركاء فيه كل واحد بقدر ماله منه.

فصل الجعل

والجعل عقد جائز لازم على المشهور ما لم يشرع فى العمل فيلـــزم الجاعـــل وقيل: هو لازم مطلقا كالإجارة، وقيل: يلزم الجاعل فقط بالقول، ومن شرطه أن لا يقدر بزمان، وفى جوازه فى الشئ الكثير قولان، ويجوز فيما خف من بيع ثوب أو طلب آبق ونحو ذلك.

ويكتب فيه: عقدٌ جعل فلان لفلان كذا وكذا دينارا على أن يأتى له بعبده الآبق فلان أو يبيع له ثوبا بكذا أو يحفر بئرا بموضع كذا يستوجب ذلك قبلـــه عند تمام عمله ويشرع المجعول له فى العمل من الآن، وشهد عليهما بـــذلك فى كذا، ويجوز الجعل للطبيب على الإبراء والخصم على الحق، ولا بد أن يكون ما جعل معلوما كالإجارة فلا يجوز أن يقول له بع كذا ولك من ثمنه كذا سمـــاه، وإن قال: من جاءنى بعبدى الآبق فله كذا، فمن أحضره استحقه علم بالجعل أم لا، ومن ردّ آبقاً أو ضالاً من غير عمل فلا جعل له على رده وعلـــى دلالتـــه لوجوب ذلك عليه، وإذا جعل لواحد دينارا وللآخر دينارين فجاءا بـــه معـــا، فقيل: إنهما ينفرد كل واحد منهما بواجبه، وقيل: يشتركان.

المزارعة وما يجوز منها وما لا يجوز، والمساقاة والمغارسة، والقراض

المزارعة: هي الشركة في الزرع والإجارة على ذلك، وشرطها السلامة من كراء الأرض بما لا يجوز كراؤها به، فإن تساويا في الأرض والبذر والبقر والآلة والعمل فهي جائزة باتفاق، وإن تساويا في كل ذلك إلا في الأرض وألغاها صاحبها لم يجز ذلك إلا أن تكون لا خصب لها على المنصوص عن مالك ولا كراء، وإن كانت البقر والآلة من عند أحدهما خاصة فهي جائزة على المشهور، وإن كانت الأرض بينهما والبذر من عند أحدهما والعمل من الآخر جاز أيضا خلافا لابن دينار، وعلى قوله لا يجوز إذا كانت الأرض لأحدهما والبذر بينهما لأنه طعام وأرض بطعام وعمل، حكاه عنه سحنون، وإن كانت الأرض لأحدهما مع جميع البذر والعمل من الآخر جاز عند سحنون، ومنعه غيره، وإن كانت الأرض لأحدهما والبذر من عند الآخر فمنع ذلك مالك، وابن القاسم؛ لأنها كراء الأرض بنصف البذر، وأجازه الداودي على أصله في جواز كراء الأرض بالطعام قال اللخمي: إن كانا شريكين في الأرض والبذر أو في البذر دون الأرض أو في الأرض دون البذر جاز، وإن كان غير ذلك لم يجز لأنه حينئذ يدخله كراء الأرض بالطعام.

ويكتب في ذلك على ما يجوز عندنا: عقد أنزل فلان فلانا في جميع الأرض السقوية أو البعلية المعلومة له بقرية كذا من عمل كذا على وجه المزارعة وسنتها ليتولى حرثها، وعمارتها، والقيام عليها بالعمل الجيد المحكم، وبكل ما لا تتم المزارعة إلا به، فإذا نضت الغلة كانت بينهما أثلاثا أو بالسواء، وبحسب ذلك

يخرجان البذر والمؤن كلها إلا الدرس، ونقلة الشبكة للأندر، فذلك على العامل فى خاصته، وعلى السنة والعرف الجارى، وعقدا ذلك بينهما لمدة من أربعة أعوام شمسية متوالية من الآن وعرف قدره وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: اختلف فى المزارعة، فقيل: إنها تلزم بالعقد كالإجارة، وقيل: إنها لا تلزم إلا بالعمل كالشركة، قال ابن حارثة، والقول باللزوم هو قول ابن القاسم والقول الثانى لأصبغ، وأما بعد ابتداء العمل فذلك لازم لهما باتفاق، وقال ابن رشد: هى دائرة بين الشركة والإجارة، فمن غلب الشركة لم يرها بالعقد لازمة، ومن غلب الإجارة ألزمها بالعقد، وأجاز التفاضل بينهما ما لم يتفاحش الفضل. قال: وفى المسألة قول ثالث، وبه جرى العمل بقرطبة أن لا تلزم المزارعة بالقول حتى يشرعا فى العمل، وهو استحسان وليس بقياس، وباللزوم، قال ابن القاسم، وابن كنانة، وابن الماجشون، وسحنون، قال: ويلزم التمادى على القول بعدم اللزوم فيما كانا قد بذرا إذ لا يستطاع قسمته، وأما ما لم يبذر فلا يلزم الآبى منهما التمادى مع شريكه على بذره، وإن كانا قد قلباد لأنهما يقدران على قسم القليب وعلى بيعه واقتسام ثمنه، فإن كانت المزارعة لأعوام بعمل سنة فيلزم التمادى إلى بقية الأعوام على القول باللزوم.

وفى «مسائل ابن الحاج»: قد قيل فى المزارعة تنعقد للأعوام أنها تلزم لعام واحد فقط، وهى فتيا بعض الشيوخ، كذا حكى لى صاحبنا أبو جعفر، عن ابن عتاب أنه رآها عنده، وأخبرنى بها أيضا عن محمد بن على قاضى الجماعة، وقال: إن ذلك فتياه فيها وإنها على قول أشهب، واشتراط الدرس والنقلة على العامل فى خاصته جائز عند ابن القاسم ولم يجزه سحنون، قال: وإنما العمل

الحرق، وإذا كانت فى الأرض عمارة لصاحبها فلا يجوز أن يشترط على العامل أن يخرج عن مقلها، فإن فعل ذلك فسخت الشركة، ويجوز له أن يبيعها منه فى نفس العقد بثمن معجل أو مؤخر فإن لم يبعها وزرعها العامل فله أن يخرج عن الأرض دون عمارة يعمرها، ويكون عليه لصاحب الأرض قيمة العمارة التى دخل عليها يصفها العامل لأهل البصر، ويحلف عليه إن لم يوافقه صاحبها على الصفة ويغرم ما يقومها به أهل البصر، وله إن كانت له بها عمارة أن يقوم عمارته، ويقتطع القيمة من القيمة الأخرى، وإن كان قد شرط عليه أن يخرج عن مثلها حين الشركة فإنما تقوم الأرض بتلك العمارة وعمل العامل فما فضل عن قيمة كراء الأرض بتلك العمارة على قيمة عمل العامل أو من قيمة عمل العامل على كراء الأرض أخذه صاحب الزيادة منهما، فإن ادعى صاحب الأرض أنها كانت بعمارة.

وقال العامل: إنما كانت متبورة أو قليبًا فالقول قول العامل فى ذلك كله، وليس لصاحب الأرض إخراج العامل عن أرض عمارة، فإن أبى من العمل معه اقتسما العمارة فما صار لصاحب الأرض أدى العامل قيمته، وما صار للعامل فزرعه وتم زرعه كان عليه الكراء فيها لربها، وإذا كانت للعامل عمارة فى الأرض فزرعها ونبت زرعها ثم فصل بعد ذلك فلم يبق له حق فى العمارة، وإن لم ينبت فحقه باقٍ فى العمارة، وله أن يزرعها مرة أخرى أو يبيعها ممن شاء ذكر ذلك ابن فتحون.

وسئل بعض الفقهاء المتأخرين فى شريكين فى الحرث قلبا فى جملة ما قلباه من الأرض فدانا كان لأحدهما وزرعها بينهما كرسنة وفولا وقسما الفول

والكرسنة فلما وقعت القسمة قال صاحب الفدان لشريكه: ليس لك فى الفدان شئ قد أخذت نصيبك مما نبت فيه أترى أن يكون الفدان من جملة ما بينهما من القليب يزدرعانه جميعا؟ فقال: نعم فدان الكرسنة والفول بينهما على حسب اشتراكهما يزدرعانه بينهما أو يقتسمانه.

وسئل عن الأجير يحرث على الخمس فلما أخذ نصيبه من الزرع نبت فى فدان الضيف فقال الأجير: حصتى فيه فقال: ليس للأجير فيه شئ وهو للضيف وفى بعض الكتب: إن الأجير إذا قلب وثنى ثم أراد قسمة القليب وأبى ضيفه من ذلك أن الأجير ليس له قسمة القليب، وإنما له أن يبيعه من ضيفه أو ممن يرضى ضيفه، فإن لم يكن كذلك فللضيف أن يأخذ بالشفعة.

وفى «كتاب سحنون»: إذا زارع رجل رجلا فلما قلب الأرض وكان إبان الزراعة عامل غيره على عملها من عجز عنها أو من غير ذلك أن الزرع لرب الأرض، وللعامل الآخر وليس للأوسط من الزرع شئ وله تقليبه على العامل الآخر ثمنا، وسواء علم الآخر بمعاملة الأول أو لم يعلم، وإذا دفع صاحب الأرض نصيبه من الزريعة إلى المزارع على أن يخرج المزارع مثلها ويزرع الجميع فزرع المزارع نصيب رب الأرض ولم يزرع نصيبه، فالزرع كله لرب الأرض، وعلى الزارع وعمله ودرسه وذروه إلى تهذيبه ولا يكون له من الزرع شئ لأنه أضاع نصيبه، وإن كان جعل نصف ما كان عليه ولم يستكمل زريعته فإنه يعرف قدر ما جعله العامل من الزريعة، ويضاف إلى نصيب صاحب الأرض، ويعرف ما هو من الجميع، فإن كان الثلث أو الربع قسما الزرع على ذلك ثم تصحح الشركة بينهما بالتقويم، واختلف فى الأرض التى ألفاها العامل دون

زريعة، فقيل: لا شئ له على العامل فى ذلك، وقيل: عليه كراء نقلها عند أهل البصر، والقول الأول أصح لأنه إذا استوفى رب الأرض ما يجب لجميع زريعته من الزرع فلا كلام له، فإن كانا قد خلطا الزريعة وأبقى العامل بيده زريعتهما معًا ما كان يزرع به الأرض التى ترك فلم يزرع ذلك من غير عذر من مطر زائد أو قحط مانع أو غير ذلك، فحينئذ يكون على العامل كراء ما ترك، فإن ضيع العامل نصيب رب الأرض ونصيبه فلم يزرع شيئًا حتى خرج الإبان، فقيل: إنه يجب عليه كراء نصف الأرض دراهم على ما يعوده أهل البصر لأن النصف الذى يزرعه لنفسه كراؤه عليه.

وقال ابن لبابة: إنه يكون عليه لرب الأرض قيمة عمله فى زراعة نصف الأرض له ومؤنته فى حصاده ودرسه وذروه، والأول أعدل.

وفى «مسائل ابن الحاج»: سئل فى شهادة الأجير على الشريك وما يلزم الشريك إذا ضيع المال بينه وبين شريكه؟ فقال: إذا كان الأجراء الذين شهدوا على الشريك من أهل العدالة البينة و لم يكن فى شهادتهم عنده دفع فشهادتهم عاملة عليه، والواجب أن يكون للشريك على شريكه الخائن نصف قيمة البقر التى بينهما سالمة قوية على الرث يوم بدأ بتضييعها وقطع العلف عنها وسكت الشهود عن إعلان الشريك بخيانته فى علف البقر قدح فى شهادتهم إلا أن يقولوا جهلنا أنه يلزمنا ذلك، وإن لم يثبت ذلك فيلزم الشريك اليمين أنه ما خان فى علف البقر ولا دخل عليه داخلة فى شئ من ذلك، وإذا تنازعا فى الزريعة بعد الزرع، فقال العامل: زرعت الزريعة كلها من عندى و لم يعطنى صاحب الأرض شيئًا فالقول قول العامل فى ذلك، وله رد اليمين، فإن حلف كان الزرع بينهما

ويرجع على رب الأرض بالمكيلة التى زرعها عنده حالة، وكذلك إن أنكر العامل قبض الزريعة قبل العمل كان القول قوله.

وإن تنازعا فى الإصابة بعد نضوضها فادعى العامل أن رب الأرض قبض نصيبه منها وأنكر ذلك رب الأرض فإن كان فى إبان الدرس وقرب ضم الأندار فيحلف رب الأرض، ويغرم له الزارع حظه إلا أن تقوم له بينة بالقبض، وله رد اليمين، وإن كان ذلك بعد انقضاء الصيغة بمدة وطول من ضم الأندار حلف الزارع أن رب الأرض قبض نصيبه ويبرأ وله رد اليمين، وإن اختلفا بعد طيب الزرع، فقال العامل: الزرع بينهما، وقال صاحب الأرض: أنت أجيرى، وإنما الزرع لى فقال سحنون: القول قول العامل مع يمينه إلا أن يعلم أن رب الأرض دفع الزريعة فيصدق ويحلف، وإن علم أن العامل أجير أو لم يعلم له بقر فالقول قول رب الأرض مع يمينه، وإن ادعى رب الأرض المزارعة وادعى العامل الكراء.

قال ابن حبيب: فالعامل يصدق مع يمينه، ولو ادعى العامل المزارعة ورب الأرض الكراء فالقول قول رب الأرض مع يمينه وهو قول ابن القاسم، ومن زرع أرض جاره وادعى أنه غلط فيها فالزرع للزارع، ويكون عليه الكراء لرب الأرض، وقال بعض الشيوخ: ينظر إلى حال الزارع فإن كان ممن لا يظن به أنه يستسهل ذلك فعليه الكراء وله الزرع، وإن كان ممن يظن به ذلك فعليه اليمين مع ذلك أنه ما تعمد، فإن كانت من العُرَض المعروفة بحدودها؛ قال ابن رشد: فلا يعذر فى ذلك بجهل، وإنما الخلاف فى الفدادين فأصبح يعذره فيها بالجهل لأنها فى فحوص، وقد تجهل أحوازها لاشتباهها مع قلة التكرر عليها، وسحنون

لا يعذره أيضا فى الفدادين بالجهل ولا يصدقه فيما ادعاه من الغلط إذا كان يلزمه أن يثبت، فيكون الزرع عنده لصاحب الأرض ولا شئ عنده للزارع غير جمع حبه، قال: إلا أن يكونا لم يتحاكما ولم يعلم بذلك حتى تحبب الزرع، وفات إبان الزريعة فيكون الزرع لزارعه وعليه كراء الأرض.

وفى «وثائق ابن فتحون»: إن خرج ليلاً فغلط فزرع أرض مارة فلا شئ له من الزرع وغلطه على نفسه، وإذا كان لقوم فدادين متلاصقة فزرعوها عليهم عند حصادها، فقال ابن حبيب: يحلف كل واحد منهم على ما بذره ثم يقسمون الطعام على عدد ذلك، وإن كان لرجلين أرضان متلاصقان فزرع أحدهما أرضه قمحاً والآخر أرضه شعيرًا فصار لكل واحد منهما حب عند الزراعة إلى أرض جاره ونبت، قال سحنون: فذلك لمن حصل فى أرضه ولا شئ للآخر فيه وما نبت فى تل أو خطين أرضيهما فهو بينهما، ومن باع زريعة شعيرا وغيره وشرط البائع أنها تنبت فإن ثبت للمشترى أنه زرعها بعينها فى أرض تربية تنبت فلم تنبت، فإن ثبت على البائع أنه كان عالمًا بذلك وغره رجع عليه بجميع الثمن ومصيبتها منه، وإن لم يثبت أنه غره ففى ذلك قولان.

أحدهما: أنه يرد له مكيلة ما باع ويأخذ منه الثمن، والثانى: أنه يرجع عليه بما بين الزريعة الصحيحة والمعيبة، وإذا وقعت المزارعة فاسدة فاختلف لمن يكون الزرع على ستة أقوال ذكرها الباجى: أحدها: أنه صاحب البذور، والثانى: أنه للعامل والثالث: أنه لمن له اثنان من الأرض والبذر والعمل، الرابع: أنه لمن له الأرض والبقر والعمل، الخامس: أنه لمن اجتمع له شيئان من الأربعة، السادس: إن سلمت من كراء الأرض بما يخرج منها فعلى ما شرطوه وإلا فلصاحب

الأرض، فإن كانت لكل واحد منهما أرض على حدة فتزارعا فيهــا جــاز إن اعتدلا فى الكراء ولم تفضل إحداهما الأخرى، وكذلك إن كانت بقر كل واحد منهما على حدة فتشاركا فى العمل بها خاصة بعد اعتدال كرائها فذلك جائز؛ ذكر ذلك ابن فتحون.

ويكتب فى ذلك عقد: تشارك فلان وفلان فى الزراعة لسنة كذا بأن جعــل فلان أرضه التى بموضع كذا وزوجا بقرياً صفته كذا، وفلان أرضه التى بالموضع المذكور أو بموضع كذا وزوجا بقرياً صفته كذا، واتفقا على زراعة ذلك بينهما بعد أن تقاوما كراء الأرض فكانت مساوية فى كرائها لكراء الأخرى، وتساوى عمل الزوجين أيضا واعتدلا فيما سوى ذلك من آلات الحرق والعمل والبــذر والمؤن كلها، فإذا نضت الأرض كانت بينهما على السواء، وبحسب ذلك يكون الدرس، والمؤن كلها على السنة والعرف، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

قال ابن الحاج فى «مسائلة»: وإذا اشتركا فى الحرث ولم يشتركا فى رقــاب البقر واختلطا الزريعة هذا بزوجه وزريعته فى موضع على حدة، وفعل شــريكه مثل ذلك فنبت ما زرعه أحدهما، ولم ينبت ما زرعه الآخر فعلى قــول ابــن القاسم ما نبت وما لم ينبت بينهما لأنهما زرعا على الشركة، وعلى مــذهب سحنون الذى يرى خلط الزريعة، فالذى نبت زرعه يكون له دون الآخر، وأما الذى لم ينبت فمصيبته من زارعه، والأحسن الفتوى فى هذا بقول ســحنون لا سيما إذا لم يتعاونا فى شئ من أمور الشركة فإنها ليست بشركة، وخلط الزريعة فى هذه الشركة من مشروطها فإن لم يخلطاها، فقيل: لا يضر ذلك والــشركة بينهما صحيحة، وقيل: لكل واحد منهما ناحيته التى زرع يتراجعان فى الأكرية

والعمل وتجوز الشركة أيضا على أن تكون الأرض من عند أحدهما، والبقر مشتركة بينهما، والبذر كذلك.

ويكتب فى ذلك عقد: دفع فلان لفلان جميع أرضه التى بقرية كذا على وجه المزارعة ليتولى حرثها وعمارتها بزوج بقرى مشترك بينهما، ويجعل صاحب الأرض ثلاثة أرباع الزريعة، والعامل الربع الواحد، وتكون الغلة بينهما بتلك النسبة، ومؤن الزوج بينهما بالسواء، ومؤن الزرع بنسبة اشتراكهما فيه، وعلى السنة فى ذلك والعرف، وعقدا ذلك لمدة من كذا عارفين قدره، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

قال ابن رشد: فإن اشتركا فى الزرع على أن جعل أحدهما الأرض والبذر والبقر، والثانى العمل، ويكون الزرع بينهما الربع للعامل، وثلاثة أرباع لصاحب الأرض فلا يخلو الأمر فى ذلك من ثلاثة أوجه: أحدها: أن يعقداها بلفظ الشركة، والثانى: أن يعقداها بلفظ الإجارة، والثالث: أن لا يسميا فى عقدهما شركة ولا إجارة، فإن عقداها بلفظ الشركة جازت، وإن عقداها بلفظ الإجارة لم تجز، وإن لم يسميا شيئًا فحمله ابن القاسم على الإجارة فلم يجزه، وإليه ذهب ابن حبيب، وحمله سحنون على الشركة فأجازها؛ هذا تحصيل القول عندى فى هذه المسألة، وقد كان بعض الشيوخ يذهبون إلى أنها مسألة اختلاف، وليس ذلك صحيح، وإذا باع صاحب الأرض أرضه وفيها عمارة للشريك فلا يخرج عنها الشريك إلا برضاه ببيع أو غيره، وذلك كالعيب، وإن لم يعلم به المشترى فهو مخير إن شاء تمسك بصفقته على ذلك، وإن شاء ردّها على البائع وأخذ ثمنه.

وفى «كتاب الاستغناء»: قال المشاور فيمن قلب أرض رجل وهو يراه يعمل ولم يستأذنه: فليس إخراجه حتى يزرع وله الكراء إن كان مثله يكرى وإلا حملا على العارية كمن رأى داره تبنى وتهدم وهو ساكت، وفيه قال ابن لبابة: إذا مات الرجل فى إبان الزريعة فزرع بعض الورثة أرضه بزوجه وزريعته فلما كان أول الحصاد قال الذين لم يعملوا الزرع بيننا ولكم أجرتكم، وقال الذى عمل: هو لى ولكم كراء الزرع أن الزرع بينهم وللعامل أجرته، ولو عطب الزوج أو قحطت الأرض كان على العامل قيمة الزوج ومكيلة الطعام على تعديه، وحكى عيسى فى «كتاب الجدار» فى المرأة تزرع أرض زوجها ببذرة وبقرة: إن الزرع لها إذا قالت أنها زرعته لنفسها، وعليها كراء الأرض والبقر ورد الزريعة إن كان من طعام الزوج، فإن عطب فى عملها من البقر شئ ضمنته، وإن عطب فى غيره عملها لم تضمن.

قال المشاور: وبذلك العمل، وقول ابن لبابة خطأ، وفى «مؤلفة ابن لبابة»: إن حرث فى أرض الشركة قبل القسم ولم يعلم التشريك، ثم قام فى إبان الزريعة فالزرع لزراعه وعليه كراء الأرض، قال: فإن حرث الشركاء الأرض كان كل واحد بذاراً إليها أو غير بذار، وجب على كل واحد منهم كراء ما حرق من قليل أو كثير يقتسمون لك بينهم على قدر حقوقهم.

وقال ابن رشد فى رجل تعدى على حصة رجل من أرض مشتركة بينهما فزرع ولم يخرج إبان الزريعة: هى مسألة مختلف فيها، قيل: إن الشركة بينهما شبهة توجب أن يكون الزرع لزارعه ويكون عليه كراء حصة شريكه من الزرع وهو قول ابن القاسم فى «سماع عيسى»، وقيل: إنه لا شبهة فى ذلك وهو

كالمتعدى فى زريعة أرض لرجل لا شريك له فيها فيكون له نصيبه من الأرض يزرعه ولا يجوز له أن يسلم لشريكه الذى زرعه، ويأخذ منه الكراء لأنه يدخله بيع الزرع قبل أن يبدو صلاحه إذ قد استوجبه، وهو إن كان لم ينبت لأنه مستهلك إذ لا يقدر على جمع حبه من الفدان، وكذلك إن كان قد نبت ولا منفعة له فيه إن قلعه ولو كانت له فيه منفعة لوجب أن تقسم الأرض بينهما فيقلع المتعدى زرعه من حصة شريكه، ويسلمها إليه فيزرعها أو يدع هذا الذى يأتى على ما فى «سماع سحنون» من «كتاب المزارعة»، وإذا قلب رجلان أرضًا بينهما ثم غاب أحدهما فى إبان الزريعة فزرعها الحاضر من عند نفسه ثم قدم الغائب فى الإبان فإن له أن يزرع نصيبه منها، ولا يجوز له أن يأخذ فيه طعاما ولا ذهبا ولا أرضا غيرها يزرعها إذا لم يفته الزرع، فإن فات الإبان كان على الزارع أن يعطيه قيمة عمله.

وروى أبو زيد، عن ابن القاسم أنه إن خشى الحاضر فوات الوقت فزرعها فلا يكون القادم شريكا فى الزرع، وإنما له كراء مثل تلك محروثة، والزرع للزارع، ولا ينفعه إن كان قسم الأرض وحده إلا أن يقسمها بأمر السلطان، فإذا جاء صاحبه فلا يكون له فى ذلك كلام، وقال ابن حمدين فى الرجل يستأجر الأجير على أن يجعل له خمس الزريعة فينقلب معه ثم يغيب حتى تفوت الزريعة فيقدم فيجد صاحب الأرض قد أخذ أجيرا على السبع: أنه إن قدم فى الإبان كان له أن يقلب من الأرض المزروعة بقدر ما له من نصيب ويزرعها كالغاصب، وإن كان قدومه فى غير أوان الزريعة فليس له إلا الكراء.

وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا عقد مناصف مزارعة فى أرض يدعيها رجلان عقد كل واحد منهما معه المزارعة فلا يقسم بينهما، وإنما يقضى بذلك للأحداث من الذين عقدوا المزارعة معه فيها على قول من يقول: إنما إنما تلزم بالعمل، وهو الذى جرت به الفتيا فى المزارعة لأن العقد الثانى حل الأول ولا يجوز أن يقترن بالمزارعة سلف بشرط ولا بيع إلا أن يكون من معنى المزارعة كبيع القليب وشبهه إن استخف ذلك، ولا يجوز أن يشترط أحدهما لنفسه شيئًا ينفرد به من الغلة كالتبن وشبهه.

فصل المساقاة

والمساقاة لازمة بالعقد على المشهور، وقيل: هى غير لازمة كالجعل، وبالأول العمل، وهى جائزة فى النخل والشجر كلها إلا ما كان منها لم يبلغ حد الإطعام إن كان مما يخلف كالموز والقصب وشبهه، وتجوز أيضا فى الزرع الظاهر والمقاتى الظاهرة بشرط أن يعجز أصحابها عنها، وقيل: ودون عجز. ولا يجوز فى الثمرة إذا حل بيعها باتفاق، قال مالك: كل ما جاز بيعه وكراؤه فلا يجوز مساقاته لارتفاع الضرورة إلى المساقاة فيه، وتجوز على الشطر أو ما يتفقان عليه.

ويكتب فى ذلك عقد: دفع فلان إلى فلان جميع ثمرة الجنة المعلومة له بكذا أو الكرم المعلوم له بكذا على وجه المساقاة، وسنتها ليتولى خدمة الشجرة وسقيها وعلاجها، أو حفر الكرم وزبره وسقيه، والقيام على ذلك بكل ما لا تتم

المساقاة إلا به فإذا أنضت الغلة كانت بينهما مشاطرة أو على جزء كذا، وعقدا ذلك لمدة من كذا وعلى السنة والعرف، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: فإن كان فى الجنة بياض بين الشجر أو إلى ناحية منه فاشترط العامل أن يزارعه لنفسه وينتفع به وألغاه له صاحب الجنة إن كان كراؤه الثلث فأقل من قيمة الثمرة جاز.

ويكتب فى ذلك قبل عقد الإشهاد ما نصه: وفى هذه الجنة بياض تبع لسوادها هو ملغى للعامل ينتفع به دون رب الجنة بطول مدة المساقاة دون شئ يلزمه فى ذلك ثم تكمل العقد، ويجوز أن يكون العامل يزدرعه وما فيه من فائدة تكون بينهما على جزء المساقاة بشرطين: أحدهما: أن تكون الزريعة من عنده، والثانى: أن يكون تبعا، قيل: أن يكون الثلث فأقل من جملة كرائه مع قيمة الثمرة، وقيل: من قيمة الثمرة خاصة.

ويكتب فى ذلك ما نصه: وفى هذه الجنة بياض تبع لسوادها على العامل أن يزدرعه من زريعته ما يليق به من الحبوب، ويقوم بمؤنه وخدمته إلى نضوضه فيكون بينهما على نسبة اشتراكهما فى المساقاة المذكورة، فإن كان جزؤه مخالفا لجزء المساقاة لم يجز عند ابن القاسم، وأجازه أصبغ، وإن شرط ذلك صاحب الجنان أن يكون فائد البياض بجملته له فلا يجوز بلا خلاف، وكذلك إن كانت الزريعة من عند صاحب الجنة أو مشتركة بينهما فلا يجوز أيضا، وتفسخ المساقاة باتفاق، وإن سكت عن البياض فى المساقاة فهو لرب الحائط يفعل به ما شاء، وقيل: هو للعامل أن يزرعه، قيل: بكراء، وقيل: دون كراء، ولا يجوز

مساقاة حائطين بجزئين مختلفين فى عقد واحد، ويجوز إذا اتفقت الأجـزاء، وإن كان أحدهما أفضل من الآخر، وأقل ما تقع المساقاة على الجذاذ الأول كان فى عام أو أقل، وتجوز إلى أربعة أعوام وأكثر ما لم يكثر جدا، ولا يجوز لـصاحب الجنان أن يشترط لنفسه مكيلة معلومة من الثمر دون العامل ولا ثمرة نخلـة أو شجرة معلومة، ولا أن يحمل نصيبه إلى داره وإن كان بالقرب، ولا أن يعمل له ما بقى كحفر بئر وإنشاء غرس، والزكاة بينهما على نـسبة المـساقاة إلا أن يشترطها أحدهما على الآخرة فيجزئ ذلك، ولا تجوز مساقاة الزرع قبـل أن ينبت ولا بعد أن ييس واستحصد، ويجوز إذا ثبت وعجز عنه كما تقدم.

ويكتب فى ذلك عقد: دفع فلان إلى فلان زرعه النابت المستقل لـه علـى موضعه بكذا، وهو قمح أو شعير بعد أن عجز عن سقيه وخدمته على وجـه المساقاة وسنتها ليتولى سقيه وتنقيته ونقشه، وكل ما لا يتم إلا به إلى نضوضه، ويتولى أيضا حصاده ودرسه ومؤنه كلها حتى ينض حبا مصفى، فيكون بينهما بنسبة كذا، ونزل العامر فى ذلك ليتولى ما ذكر على السنة فيه، وشهد عليهمـا بذلك فى كذا.

فإن كان الزرع فى أرض البعل فلا يجوز مساقاته إلا أن يحتاج مـن العمـل والمؤنة ما تحتاج الشجر وإن لم يحتج سوى الحصاد والدرس فلا تجوز مساقاته، وتجوز مساقاة شجر البعل لأنها تحتاج إلى مؤنة، فإن كان مع الزرع شجر فـلا يجوز إلا أن يكون مساقاة على جزء واحد مع الزرع، وإن كان تبعا فلا يجـوز إلغاؤه للعامل، وكذلك الزرع التبع مع الشجر لأن ذلك يكون كأصناف مختلفة فى الجنة.

وروى ابن وهب عن مالك جواز إلغائه فإن كان فى الزرع بياض فلا يجوز أن يكون مع المساقاة على جزء واحد، وإن كان تبعا كبياض الثمر، ويستحب لصاحب الأرض إلغاؤه للعامل، والفول والجلبان والكمون كالزرع تجوز المساقاة فيها عند العجز، وكذلك الورد والياسمين والقطن والفجل والجزر واللفت والبصل كل ذلك تجوز فيه المساقاة كالمقاتى إذا لم تبلغ حد الانتفاع بها، وفى اللفت وغيره من الأصول المغيبة خلاف، وفى قصب السكر قولان، وأما البقول فلا تجوز المساقاة فيها عند مالك - رضى الله تعالى عنه - وإن عجز عنها، وكذلك كل ما يجذ ويخلف كالموز ونحوه، وعلى العامل من العمل ما جرى به العرف، وما لا يعرف فلابد من اشتراطه، فإن قصر العامل فى العمل فإنه ينظر فإن نقص ثابت العمل حط من نصيبه الثلث أو بقدر ما نقص بقدر ذلك أهل المعرفة، ويرد إلى ما يستحق من الحظوظ، وإذا أصابت الجائحة الثمرة فالنماء والنقصان بينهما، وليس للعامل الخروج، فإن خرج فلا شئ له، وقيل: إن بلغت الجائحة الثلث فله الخروج ولا يكون له شئ، وله أن يأتى بأمين مثله إن شاء، ولا يجوز أن يقترن بالمساقاة بيع ولا كراء ولا غيرهما من العقود، وإذا وقعت المساقاة فاسدة فإن عثر على ذلك قبل العمل فسخت باتفاق، وإن كان بعد الفراغ من العمل، فقيل: يرد العامل إلى أجرة المثل، وقيل: إلى مساقاة المثل.

وقال ابن القاسم: إن خرجا عن معنى المساقاة كاشتراط زيادة على العامل عرض أو غيره ونحو ذلك فأجرة المثل، وإن لم يخرجا عن معنى المساقاة كمساقاته مع ثمر قد أطعم أو اشترط عمل ربه معه أو يقارنه بيع وشبه ذلك فمساقاة المثل، وإن كان الوقوع على فساد المساقاة بعد أن ثبت فى العمل وقبل

التمام فإنها تفسخ إن كان الرجوع فيها إلى أجرة المثل، وتمضى إن كان إلى مساقاة المثل، وإذا عجز العامل فى المساقاة عن العمل، فإن كانت الثمرة قد طلبت بيع مصابه منها وأكرى عليه إلى تمام العمل، ولا يجوز أن يساقى غيره عليه، وإن لم تطب أكرى عليه أو ساقى غيره فى مثل أمانته، فإن لم يجد من يساقيه رد النخل إلى ربها ولا شئ له بما أنفق، ولا يجوز لرب الحائط أن يقول له: خذ ما أنفقت وأخرج، وإذا قال المساقى: لم أقبض شيئًا من الثمرة، فتفسير قول مالك – رضى الله تعالى عنه – أن القول قول العامل فى ذلك إذا كان بعد الجذاذ سواء قرب أو بعد، وهو معنى ما فى «المدونة»، قال محمد: وكذلك إن جذ البعض رطبا، فقال: إن جذ الرطب لم يدفع إلى حظى منها فالقول قول العامل، وفى «الوثائق المجموعة»: إن القول قول العامل على التفسير الذى تقدم فى المزارعة من التفريق بين العبد والقرب.

فصل المغارسة

والمغارسة من عمل الناس، وهى من باب المجاعلة إذ للعامل أن يترك العمل، وهى أن يدفع الرجل إلى الرجل أرضه ليغرسها ثمرا، فإذا أطعم فيكون بينهما على جزء معلوم.

ويكتب فى ذلك عقد: دفع فلان إلى فلان موضع الأرض البعلى أو السقوى بكذا حدوده كذا على وجه المغارسة وسنتها ليتولى غرسه دوالى عنب أو أشجار تين أو رمان أو ما يتفقان عليه، ويتعاهد ذلك بعد غرسه بالحفر والسقى وكل ما يحتاج إليه إلى حد الإطعام فإذا أطعم ذلك كانت الأرض والشجر

بينهما نصفين أو أثلاثًا بعد معرفتهما بقدر ذلك، ونزل العامل فى الأرض المذكورة على الوجه المذكور على السنة فى ذلك، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: المغارسة إلى الإثمار جائزة إذ هو معروف ويجوز إلى شباب معلوم ما لم يكن بثمر قبل ذلك، فإن لم يسميا شيئًا معلوما، فقال ابن حبيب: ذلك جائز ويكون إلى الإطعام، وقال غيره: المساقاة فاسدة وإذا كانت فى الأرض شعراء كثيرة فلا يجوز المغارسة على قلعها، ولا يشترط عليه من ذلك إلا ما خف، وكذلك لا يجوز أن يشترط عليه بناء جدارات لعظم النفقة فيها ونحو ذلك إلا أن يشترط عليه التزريب الخفيف أو ما قل من البناء ونحوه، ولا شئ للعامل حتى يبلغ الحد المشترط، فإن أثمر البعض دون البعض فإن كان الذى أثمر أكثرها كان الغير تبعا واقتسما الجميع، وإن كان الأقل فإن كان إلى ناحية بعينها كانت بينهما وسقط عن العامل العمل فيها، ويعمل الباقى حتى يثمر، وإن كان مختلطا لزمه العمل فى الجميع حتى يثمر معظمه، وهل يكون ما أثمر بينهما أم لا؟ فى ذلك قولان.

أحدهما: أنه لا شئ للعامل فيما نبت حتى يكون الجل فيستحق حظه من الجميع، والثانى: وهو قول أشهب أنه إذا ماتت النخل كلها إلا ثلاث نخلات فهى بينهما، فإن كانت المغارسة على أن يكون الشجر بينهما مع مواضعها من الأرض وبقيت الأرض لربها فذلك جائز، وإن كانت على الشجر خاصة دون مواضعها الأرض أو على الأرض دون الشجر لم يجز، فإن نزل ذلك كان للعامل أجر عمله، فإن كانت فى الأرض ثمرة فهى لصاحب الأرض ولا يكون للعامل فيها حق، ولا يسوغ له أن يشترط أن تكون بينهما مع الغرس، وللعامل أجرة

سقيها وعلاجها وما نبت فيها فى أثناء المغارسة مما لم يعلما به، وإن كان العامل لم يغرسها فإنها تكون بينهما مع الغرس، وإن كانت المغارسة فى أنواع من الثمر فلا يجوز إلا أن يكون أمد طعامها واحد، أو متقاربا، وإن كان بينهما بعد فالمغارسة فاسدة، ولا تجوز المغارسة إلا فى الأصول خاصة، وإذا بلغ الغرس الحد المشترط وجب للعامل حظه، فإن بقى لم يقتسماه واحترق الغرس أو طرأت عليه آفة، فإن الأرض تكون بينهما إذ قد استحق العامل حظه منها بتمام الغرس.

وقال ابن الحاج فى «مسائله»: إذا غارس رجل رجلا فى كرمه إلى شباب معلوم فأراد بيع نصيبه قبل بلوغ الشباب فإن البيع لا يجوز لأنه لم يجب له نصيب إلا أن يبلغ الشباب المتفق عليه، ولو مات عن ورثة كانوا أحق بعمله أو بتركه، وقد نزل فى رحا ابن عتاب ما يشبهها أعطى رحاه لشخص على أن يبلغ السد إلى كذا، فإذا بلغ كانت الرحى بينهما، فباع نصيبه قبل ذلك فتحاريتها مع ابن رشد فظهر إلينا أن البيع غير جائز كالمغارسة.

وفى «مسائل ابن رشد»: سئل عن مغارس يغرس الأرض بجزء معلوم، فيلقح غرسه ويقوم عليه العام والعامين ثم يعجز عن العمل، ويذهب إلى بيع ما عمل من رب الأرض أو من غيره ممن يقوم على الغراسة إلى تمامها بذلك الجزء الذى أخذها هو به، فقال: ذلك كله جائز ولا كلام لرب الأرض فى ذلك إن أدخل فى المغارسة غيره على شئ يأخذه منه، وإذا ادعى أحد المتغارسين الصحة فى المغارسة وادعى الثانى الفساد فالقول قول مدعى الصحة، وقيل: القول قول

مدعى الفساد لغلبته فيها، وإذا دفع رجل أرضه لرجل على أن يغرسها ويكون له بكل شجرة نبتت جعلا مسمى فذلك جائز.

فصل القراض

والقراض جائز، وهو إعطاء مال للتجارة على جزء معلوم من الربح، وشرطه أن يكون نقدًا حاضرًا معينًا يجوز التعامل به وإن كان غير مسكوك، وفى التبر روايتان.

ويكتب فى ذلك عقد: دفع فلان إلى فلان كذا وكذا دينارا من الفضة أو من الذهب على وجه القراض وسنته ليتجر بها فيما يراه من أنواع المتاجر، ويسافر بها حيث شاء من بر أو بحر، ويطلب بها النماء، فما أفاء الله تعالى فيها من ربح فيكون بينهما بالسواء أو على جزء كذا بعد نضوض رأس المال بيد صاحبه، وعليه بتقوى الله وأداء الأمانة فى ذلك، والاجتهاد، وبذل النصيحة وقبض ذلك فلان، وصار عنده على الوجه المذكور، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: ولا يلزم القراض إلا بالعمل ولكل واحد منهما الانحلال قبله، ولا يجوز بعرض، ولا بدين بذمة، ولا على أن يكون للعامل أو لرب المال دينار من الربح والباقي بينهما، وهو محمول على الأمانة، ولا يجوز أن ينعقد على أنه ضامن ولا على أنه غير مصدق فى الضياع، فإن وقع ذلك فسخ ولا يجوز لرب المال أن يشترط أن يكون من المال عنده، فإن نزل كان العامل أجيرًا، ويجوز للعامل أن يخلط مال القراض بماله أو مال غيره، ويفض الربح عليهما، ولا يجوز له أن

يشترى بدين على مال القراض ولا يبيع من سلعه كذلك بدين إلا أن يأذن له صاحب المال وينص له على ذلك، وكذلك لا يجوز له السفر به إلا بإذنه، وقيل: له السفر إلا أن يشترط عليه أن لا يسافر ولا نفقة ما أقام ببلده، وله النفقة من المال فى سفره وفى إقامته بغير وطنه بسبب المال بالمعروف، وله الكسوة فى السفر البعيد ما لم يطل، فإن شرط عليه أن لا نفقة له فى السفر لم يجز.

قال ابن القاسم: فإن وقع كان أجيرًا ولا نفقة له فى المال القليل ولا كسوة وتوزع النفقة على ما بيد العامل من مال القراض وغيره، وكذلك إن خرج فى حاجة له وزعت النفقة على ذلك مع مال القراض، ولا يملك إلا بالمقاسمة على الصحيح، وقيل: يملك بالظهور والقول قول العامل فى جزئه قبل القسم، وكذلك القول قوله فى الضياع والخسارة، وفى رده إن كان بغير بينة، وقيل: مطلقا، فإن مات فلورثته الإتمام إن كانوا أمناء وإلا ألزموا أن يأتوا بأمين فإن لم يأتوا به وجب رده إلى صاحبه ولا ربح لهم، فإن لم يوجد فى تركته فهو فى ماله ناض ويحاص به الغرماء، ويتعين بوصيته به فى الصحة والمرض ويؤخذ بقوله فيه، وإذا اختلفا فى الصحة والفساد فكالبيع.

فإن قال رب المال: وديعة، وقال العامل: قراض، فإن كان بعد ما عمل به فهو ضامن له، وإن كان لم يعمل به فلا ضمان عليه فيه، وإن قال رب المال: بضاعة بأجر، وقال العامل: قراض أو العكس، فالقول قول العامل، وإن قال غصبتنيه لم يصدق إلا أن يشبه، وإذا وقع القراض فاسدا فسخ، فإن فات ففيه ثلاثة أقوال أحدها: أنه يرد إلى قراض المثل، الثانى: إلى أجرة المثل، الثالث: وهو

يشترى بدين على مال القراض ولا يبيع من سلعه كذلك بدين إلا أن يأذن له صاحب المال وينص له على ذلك، وكذلك لا يجوز له السفر به إلا بإذنه، وقيل: له السفر إلا أن يشترط عليه أن لا يسافر ولا نفقة ما أقام ببلده، وله النفقة من المال فى سفره وفى إقامته بغير وطنه بسبب المال بالمعروف، وله الكسوة فى السفر البعيد ما لم يطل، فإن شرط عليه أن لا نفقة له فى السفر لم يجز.

قال ابن القاسم: فإن وقع كان أجيرًا ولا نفقة له فى المال القليل ولا كسوة وتوزع النفقة على ما بيد العامل من مال القراض وغيره، وكذلك إن خرج فى حاجة له وزعت النفقة على ذلك مع مال القراض، ولا يملك إلا بالمقاسمة على الصحيح، وقيل: يملك بالظهور والقول قول العامل فى جزئه قبل القسم، وكذلك القول قوله فى الضياع والخسارة، وفى رده إن كان بغير بينة، وقيل: مطلقا، فإن مات فلورثته الإتمام إن كانوا أمناء وإلا ألزموا أن يأتوا بأمين فإن لم يأتوا به وجب رده إلى صاحبه ولا ربح لهم، فإن لم يوجد فى تركته فهو فى ماله ناض ويحاص به الغرماء، ويتعين بوصيته به فى الصحة والمرض ويؤخذ بقوله فيه، وإذا اختلفا فى الصحة والفساد فكالبيع.

فإن قال رب المال: وديعة، وقال العامل: قراض، فإن كان بعد ما عمل به فهو ضامن له، وإن كان لم يعمل به فلا ضمان عليه فيه، وإن قال رب المال: بضاعة بأجر، وقال العامل: قراض أو العكس، فالقول قول العامل، وإن قال غصبتنيه لم يصدق إلا أن يشبه، وإذا وقع القراض فاسدا فسخ، فإن فات ففيه ثلاثة أقوال أحدها: أنه يرد إلى قراض المثل، الثانى: إلى أجرة المثل، الثالث: وهو

من الدنانير، وخلطا ذلك ليتجرا بها فيما يرياه من أنواع المتاجر أو فى سوق كذا وعلى كل واحد منهما من العمل والتصرف مثل ما على الآخر، ولكل واحد منهما من الربح وعليه من الوظيفة بقدر حفظه من جميع المالين شركة صحيحة عرفا قدرها، وكل منهما مفوض إليه فيما يتصرف فيه من أمور الشركة المذكورة من البيع والقبض وغير ذلك مدة البيع والقبض وغير ذلك مدة الشركة، وعليهما بتقوى الله وأداء الأمانة فى ذلك وبذلك المجهود والنصيحة وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: ويلزم كل واحد من المتفاوضين ما فعل عليه شريكه من بيع أو ابتياع أو التزام عيب أو رد به أو ما أقر به من دين لمن لا يتهم عليه، وله أن يشترك بالدين، وفى بيعه قولان الجواز فى «المدونة»، والمنع فى غيرها، ومن ادعى منهما ضياع المال صدق ويحلف، وإن ادعى فى المال زيادة لنفسه لم يقبل، ويحلف صاحبه على البت أنه لا شئ له، قال أشهب: وإن ادعى أن ذلك صار له بميراث أو عطية لم يقبل إلا أن يثبت الميراث أو العطية، وإن ادعى أنها ودائع فإن عين أربابها حلفوا وأخذوها وإلا فلا يقبل قوله، ولمن باع من أحدهما سلعة بثمن و لم يقبضه أن يأخذ الثانى به إذا ثبت البيع، وإذا اختلفا فى مقدار الخط فى الشركة حملا على النصف عند أشهب بعد أيمانهما، وقال ابن القاسم: إن ادعى أحدهما الثلثين والثانى النصف فلمدعي الثلثين النصف ولا يضرب فيها أحد، ولكل واحد أن ينحل عن صاحبه ويقاسمه فيما بين أيديهما من ناض وعروض متى شاء، وفى «كتاب الاستغناء»: إذا أحب أحد المتفاوضين القسمة وعليهما ديون وكره الآخر لم يقتسما حتى يؤديا الديون، لأن كل واحد منهما حمل بجميع

المال افترقا أم لا، وفى المجالس لهما أن يقتسما فيأخذ كل غريم صاحبه بأداء ما عليه مخافة أن يفلس فيرجع عليه.

ويكتب فى الشركة على الوجه الثانى عقد: تشارك فلان وفلان بأن جعل فلان كذا وكذا دينارا وفلان مثلها وخلطها، واتفقا على التجر بها فى سوق كذا فما أفاء الله عليهما من ربح فيكون بينهما بالسواء، وكذلك ما يكون عليهما من الوضيعة، وعلى أن يكونا معا فى ذلك لا يستبد واحد منهما بفعل دون صاحبه من أمور الشركة شركة صحيحة عرفا قدرها، وعلى كل واحد منهما ما بتقوى الله فى ذلك، وأداء الأمانة، وبذل النصيحة، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

ولا تجوز الشركة بالذمم، وهى أن يشتركا فى البيع والشراء دون مال، ويكون الدين عليهما والربح بينهما والوضيعة عليهما، فإن وقع ذلك فسخ وسواء كانت فى بلد واحد أو فى بلدين.

وسئل ابن رشد فى الشريكين فى التجارة إذا أراد أحدهما أن يصنع لنفسه صنعة أخرى فى الأوقات التى لا يعمل فيها شيئًا، فقال: لكل واحد من الشريكين أن يعمل لنفسه ما شاء فى الأوقات التى لا يشتغل فيها بالتجارة، ولا كلام لشريكه فى ذلك، فإن كانت الشركة فى بقر أو غنم أو غير ذلك من الحيوان.

فيكتب فى ذلك عقد: أشهد فلان وفلان على أنفسهما أنهما شريكان على السواء فى كذا وكذا رأسا من الغنم السائمة أو البقر ما بين صغار وكبار

وذكور وإناث، فما أفاء الله فيها من نسل ورسل وفائد، فيكون بينهما بتلك النسبة، وبحسب ذلك يخرجان مؤنها كلها وهي تحت يد فلان بينهما يرعاها ويحفظها ويطلب بها أماكن الخصب والكلأ، وله أجرة فى ذلك كذا، وعلى السنة فى ذلك والعرف، وشهد عليهما بذلك فى كذا، فإن لم يكن بيد أحدهما سكت عن ذلك، ولا يجوز لأحدهما أن يبيع شيئًا من هذه الغنم أو البقر المشتركة إلا بإذن صاحبه بل شريكه فإن فعل فهو ضامن لما باع.

وسئل ابن رشد فى رجلين اشتركا فى بقر كان لأحدهما عشرون وللآخر اثنان وعشرون فبقى الرأسان الزائدان لصاحبهما لم يدخلا فى الشركة فعطبت من جملة البقر واحدة، فقال صاحب الاثنين: الميتة من الشركة، وقال الآخر: الميتة من التى شطت، فأجاب: على صاحب الاثنين من مصيبتها ثلاثة أرباعها وعلى الآخر ربعها لأن الذى له البقرتان قد أقر أن مصيبة نصفها منه والشريك الآخر نفى أن يكون نصيبه منها شئ فيقدر من هلاكها على صاحب الاثنين النصف، وبقى النصف الثانى نفاه الشريك الآخر فيقسم بينهما على نصفين نصفه على صاحب الجملة، والنصف الآخر على الآخر فيصير الثلاثة الأرباع عليه فى مصيبتها، والربع على باقى الجملة، قال: وهى مسألة الدينار يختلط بمائة دينار لرجل فيذهب منها دينار واحد التى اختلف فيها ابن القاسم ومالك.

وفى «سماع عيسى»: سئل ابن القاسم عن الرجل يخرج إلى سوق الغنم قبل يوم النحر، وقد كثر الناس واجتمعت الجلابون فيشترى الكبش ليضحى به فيفلت فيدخل بعض تلك الأذواد فلا يعرف صاحب الذود ولا مشتريه، فقال يكون مشتريه شريكا لصاحب الذود، فإن كانت الغنم مائة أعطى جزأ من مائة

فإن ذهب إلى أخذه أعطى رأسا من وسط الغنم بالقيمة، ولا يعطى من أعلاها ولا من أدناها.

وسئل بعض فقهاء الشورى عن رجل يجعل ديكا، ويجعل الآخر دجاجة، ويشتركان فى الفلاليس، فقال: لا يجوز ذلك لأنهما لا يتعاونان على الحضانة قال: فإن جعل أحدهما حمامة أنثى، والآخر ذكرًا أجازت الشركة لأنهما يتعاونان على الحضانة، وأما شركة الأعمال والصنائع فهى جائزة إذا كانت صنعتهما متفقه، وكانا بجتمعين فى حانوت واحد ومكان واحد باتفاق.

ويكتب فى ذلك عقد: تشارك فلان وفلان الخياطان أو الحدادان أو النجارات ليعملا صنعتهما المذكورة بسوق كذا من مدينة كذا، ويقعدا فى حانوت واحد، ويجعل كل واحد منهما من المواعين مثل ما يجعل الآخر، وكذلك جميع ما يحتاجان إليه فى صناعتهما بطول الشركة، وما أفاء الله عليهما من فائد يكون بينهما بالسواء، وعلى كل واحد منهما بتقوى الله، والاجتهاد وبذل النصيحة شركة صحيحة عرفا قدرها، وشهد عليهما بذلك فى كذا، فإن لم يكونا فى حانوت واحد ففى جوازها قولان، واشتراط ذلك هو قول ابن القاسم فى «المدونة»، وبه جرى العمل، وكذلك إن كان صنعتهما مفترقة ففى جواز الشركة بينهما خلاف، وتجوز الشركة فى ذلك على التفاضل على قدر ما لكل منهما من العمل والوضيعة بينهما بقدر ذلك، ويلزم كل واحد منهما ما لزم الآخر فى الضياع وغيره، وإن مرض أحدهما أو غاب فالفوائد للحاضر يختص بها دون الغائب والمريض إلا فى اليوم واليومين، ولا يجوز عقدها على خلاف ذلك، ويجوز لأحدهما إلغاء الأداة إن كانت لا خطر لها، وتجوز شركة

الحمالين فى عمل اللبن والجص وحفر الآبار وغير ذلك من الأعمال إذا كانا مجتمعين متعاونين على ذلك و لم يفترقا وإلا لم تجز، وكذلك السماسرة فى مجتمع الأسواق وبيع الدواب وغير ذلك إذا كانا مجتمعين فى عقد الفقة والنداء لا يفترقان فى ذلك.

وسئل ابن رشد فى التاجر فى حانوت أو الخياط يأتيه رجل بسلعة، ويقول له: أعط هذه السلعة لمن يبيعها ففعل ثم يأتى الدلال بنصف أجرة تلك السلعة فيدفعها الصاحب الحانوت ويعزم عليه فى أخذها، ويقول له: هكذا أصنع مع الناس، فقال: إذا كان الأمر على ما وصفت فذلك سائغ له، وقال ابن الحاج فى «مسائله»: شركة الدلالين مع الجلاس لا تجوز لأن الواحد يجلس، والآخر يعمل ويمشى ويتعب، فلا تصح الشركة بينهما.

فصل القسمة

والقسمة جائزة فى الأصل وغيرها، وهى بيع من البيوع عند مالك – رضى الله تعالى عنه – وقيل: تمييز حق وهى ثلاثة أنواع: قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل وقسمة مراضاة بعد التقويم والتعديل كذلك، وقسمة تراض، واتفاق من غير تقويم ولا تعديل، فأما النوع الأول: فهو الذى يجرى فيه القولان وهو الذى يحكم به.

قال ابن رشد: الأظهر فيها أنها تميز حق وفى قسمة التراضى بعد التقويم والتعديل أنها بيع من البيوع، وأما قسمة التراضى دون تقويم فلا اختلاف فى أنها

بيع من البيوع فلها حكمه فى العيوب والاستحقاق وغير ذلك، ولا تجوز قسمة القرعة إلا فيما اتفق جنسه أو تقارب ولا يجمع فيها بين سهمين ولا يكون لبعض الشركاء على بعض زيادة على حظه فيما يكون له من درك وإنما يعدل كل سهم ويصحح من غير زيادة ولا نقص.

ويكتب فى ذلك: عقد كتاب قسمة قرعة بعد تقويم وتعديل عقده فلان وفلان فى الأرض السقوية أو البلعية أو الديار المشتركة بينهما بالسواء بكذا بعد أن قدما لذلك قاسما رضيا دينه وأمانته وبصره فكسر الأرض وغطها وعدلها ثم استهما عليها، فصار من ذلك لفلان على حظه كذا ولفلان كذا، وبحقوق ما صار لكل منهما من ذلك منافعه ومرافقه وشربه المعد لسقيه وغير ذلك من مرافقه قسمة صحيحة خاص بها لكل واحد منهما تملك ما ذكر أنه صار له بهذه المقاسمة وحل بها محل ذى الملك فى ملكه، وعلى السنة، والمرجع بالدرك، وبعد أن رأى كل واحد منهما ما صار له وأحاط به علما وبصرا فرضيه والتزمه وعرفا قدره، وشهد عليهما بذلك من عرفهما، وحضر الاستهام فى كذا.

بيان: هذه القسمة هى التى يحكم بها على من أباها ويقسم بها بين المحاجير ولا تجوز فى الأشياء المختلفة من الثياب وغيرها، وإن عدلت بالقسمة لأن ذلك من المخاطرة، وإنما تجوز فيما كان صنفا واحدا أو متقاربا فلا تجمع الدور مع الأرضين والجنات فيها ولا أنواع الثمار، وإنما يقسم كل نوع على حدة والأرض إن كانت مستوية فى الطيب والكرم وقرب بعضها من بعض جمعت فى القسم، ويخرج نصيب كل واحد منهما فى موضع واحد، وإن كانت مختلفة الأنماط أو بعيدا بعضها من بعض فإنما يقسم كل نوع على حدة، وكذلك ما

فى كل موضع يقسم على حدة إذا بعد عن الآخر، هذا قول ابن القاسم وقول غيره فى المختلفة الكرم إذا كانت قريبا بعضها من بعض أنها تجمع فى القسم وتعدل بالقيمة فيكون الطيب أقل فى التكسير والقرب فى ذلك الميل والميلان وكذلك الدور وما كان منها متقارب المكان متساويا فى النفاق والرغبة فيها جمع فى القسمة، فيجمع كل واحد نصيبه فى دار واحدة أو دار وبعض أخرى وإلا قسمت كل دار على حدة، وكذلك إن كانت فى ناحيتين من البلد متساويتين، فإن كانت إحداهما معروفة بأنها تفرد فى القسمة.

قال ابن الحاج فى «مسائله»: قسمة الأرض يراعى فيها ابن القاسم وجهين استواء فى الرداءة والطيب، وأن تكون قريبا بعضها من بعض، فإذا كان ذلك قسمت قسما واحدا، وجمع لكل شخص نصيبه فى موضع واحد، وأشهب وسحنون ينظران إلى الوجه الواحد، وهو قرب بعضها من بعض، وكذلك الدور ابن القاسم يراعى فيها وجهين أن تكون قريبة بعضها من بعض، وأن تساوى فى الإنفاق والتشاح أو تتقارب وليس كون إحداهما فى طرف المدينة والثانية فى الطرف الثانى كالربض الشرقى والغربى من قرطبة على مذهب ابن القاسم ببعيد، وأشهب راعى فيها القرب والنمط خاصة، وكذلك الكروم إذا تقارب بعضها من بعض واتفقت فى الكرم والرغبة فيها جمعت فى القسمة، وإلا قسم كل واحد على حدة، وأما الجنات والثمر فإن اختلفت مثل أن تكون جنة من تفاح والأخرى من رمان لم تضم واحدة منهما إلى الأخرى وهى كالكرم مع الجنات، وإن كانت الثمرة فيها مختلطة فهى كالكروم وما قارب منها واتفق فى الرغبة فيه والكرم جمع بعضه إلى بعض، وإلا فلا والجنة الواحدة إذا قسمت

وفيها الثمرة تنقسم قاعتها وشجرها معا بتعديل بالقيمة حتى يكون كل سهم بما فيه من الشجر معادلا لسهم الآخر، وإن اختلف النقصان والزيادة ولا يجوز أن يصير الشجرة من أحد السهام فى سهم الآخر ولا أن يزيد دنانير أو دراهم فى هذه القسمة بوجه، وكذلك سائر الأشياء المقومة من الثياب والحيوان وغير ذلك لا يقسم بالقرعة منها إلا الصنف الواحد والمتشابه، فالبز كله صنف واحد فى ذلك، ويضاف إليه ثياب الصوف والأفرية، وقيل: هو أصناف فثياب القطن والكتان صنف، والحرير والخز صنف، والصوف والمرعز صنف، ويقسم المخيط من ذلك مع غير المخيط والخيل والبغال والحمير كل واحد منها صنف، وهذا النوع من القسمة إنما يكون فى الدور والأرضين وغيرها على أقل السهام، ولا يجمع فيها بين حظين، قال مالك – رضى الله تعالى عنه فى «المجموعة»: فإن كانت زوجة مع عصبة ضرب لها بحظها فى أحد الطرفين، قال ابن القاسم: واحدا كان العصبة أو جماعة إنما يخرج سهم واحد ثم يقتسمون بينهم بعد ذلك إن شاؤا الأن العصبة كأهل سهم واحد، وكذلك الأخوة للأم والزوجات إذا كثرن إنما يضرب لهن بسهم واحد ثم يقتسمن بينهن بعد ذلك ما صار لهن.

وفى «كتاب الاستغناء»: إذا كانت دار بين أخوين بنصفين فمات أحدهما عن ورثة فإنما يضرب لهم بسهم واحد فتقسم الدار نصفين ويقترع عليهما ثم تقسم الورقة النصف الصائر لمورثهم بعد ذلك، وفيه قال يحيى بن عمر: من اشترى نصف نصيب وارث فأراد أن يضرب له بسهم فليس ذلك له، وإنما يضرب بجميع سهم الوارث، ويخرج هو معه ثم يقتسم مع الوارث بعد ذلك، وكيفية الاستهام أن تكتب أسهام الشركاء فى رقاع، وتجعل فى طين أو شمع يرمى كل

رقعة فى جهة، فمن وقع له فى جهة ضم له باقى نصيبه إلى ما وقـع ولا يـبدد عليه، فإن تنازع الشركاء فى الجهة التى يبدأ بها فى الاستهام، ففى ذلك قـولان أحدهما: أنه يقترع عليها أيضا روى عن ابن القاسم، والثانى: أنه يبدأ القاسـم بأيهما شاء لأنه إذا ضرب على أحد الطرفين فقد ضرب لهما جميعـا: وهـذه القسمة هى التى يجبر عليها من أباها، ولا يجبر على غيرها من أنواع القـسمة، ومذهب مالك — رضى الله تعالى عنه — أنه يقضى بها فى كل شئ يقبلها وإن لم يصر لصاحب الحظ القليل ما ينتفع به للسكنى أو غيرها، فإن لم يكن كذلك لم يقسم، وهذا هو الذى جرى به العمل والقضاء.

قال مطرف: وبه كان يقضى قضاة المدينة، وقال عيسى بن دينار: إن طلب القسمة صاحب الحظ الذى لا يصير له ما ينتفع به قسم له لأنه رضى بالـضرر لنفسه واختار هذا القول ابن عتاب وكان يفتى به، فإن ذهبوا إلى الفصل مما لا ينقسم فلابد أن يثبت ذلك.

ويكتب فيه: عقد وقف شهوده من أهل البصر والمعرفة بما يذكر إلى الدار أو الجنة المشتركة بين فلان وفلان على نسبة كذا الكائنة بكذا، واختبروها فـرأوا أنها لا تتهيأ قسمتها على أقل الحظوظ، وأن ذلك متعذر فى شكلها، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، فإذا ثبت هذا جبروا على بيعها واقتسام ثمنها، وكذلك كل ما لا ينقسم من الأصول وغيرها، ولا يجبرون على المقاومة إلا أن يتراضوا عليها، فإذا سوق وبلغ ثمنها كان لمن لم يدع إلى البيع أخذه بأقل الثمن، وليس لمن دعا إلى البيع إلا أن يزيد عليه فإنهما يتزايدان إذ ذاك حتى يسلمها أحـدهما إلى الآخر، ذكر ذلك ابن الحاج فى «مسائله»، وابن رشد.

وأما ما لا ينقسم إلا أن فى قسمته ضررا كالرحى والحمام فمذهب مالك أيضا أنه ينقسم، ومذهب ابن القاسم أنه لا ينقسم، ويكون الحكم فيه كالحكم فيما لا ينقسم. قال سحنون: وهذا الذى أراه وأقول به.

وفى «مسائل ابن رشد»: سئل فى حمام مشترك بين جماعة دعا أحدهم أصحابه إلى البيع فيه أو المقاومة هل يجبرون على ذلك، فقال: لا يلزم الشركاء كانوا محاجير أو غير محاجير البيع أو المقاومة، وإن كره البقاء معهم باع نصيبه ممن شاء على الإشاعة بما وجد من الثمن، ولا يحكم ببيع ما لا ينقسم إذا دعا إلى ذلك أحد إلا فيما كان فى التشارك فيه ضرر بين كالدار والحائط، وأما مثل الحمام والرحى وشبه ذلك مما هو للغلة فلا.

النوع الثانى: قسمة الرضاة بعد التقويم والتعديل: وهى من نحو الأولى، ولا يجبر عليها أحد، ولا يحكم بها عليه، ويقسم بها على المحاجير على خلاف وتجوز فى الأشياء المختلفة والأصناف المتباينة والبعيدة بعضها من بعض من الأرضين وغيرها.

ويكتب فيها: عقد كتاب قسمة مراضاة واتفاق بعد تقويم وتعديل عقدها فلان وفلان وفلان فى الأملاك المشتركة بينهم بنسبة كذا بموضع كذا بعد أن قدموا لذلك قسما رضوا دينه وأمانته وبصره، فكسر ذلك وغطه وعدله وقسم بينهم فصار لفلان عن خطه كذا ولفلان كذا، وتبنى على ما تقدم، ولا بأس أن يجمع فى هذه القسمة بين حظين، ويزيد أحدهما الآخر دنانير أو دراهم أو ما

اتفقا عليه مقبوضة أو مؤخرة والقسمة بها على المحاجير جائزة إذا وافقت السداد وظهرت فيها المصلحة.

وفى «العتبية» رواية بعدم الجواز، قال ابن فتحون فى «وثائقه»: وقد أجاز هذه القسمة للموصى على المحاجير بالمراضاة والاتفاق بعد التقويم والتعديل أكثر شيوخنا إذا كانت فى ذلك مصلحة لهم كما يجوز البيع عليهم وبه القضاء، فإن كان الوصى شريكا لهم وخرج حظه معهم، فذلك جائز إذا لم تقع القسمة بينه وبين محاجيره، فإن ذهب إلى أن يقسم على محجوره فالوصى يقدم من يقاسمه، فإن عقد القسمة على نفسه وعلى اليتيم جاز إذا وافق الصواب والسداد وتقديم القاضى غيره أتم وأسلم، وقال ابن فتحون فى «وثائقه»: إذا كان الوصى شريكا لمحاجيره فلا تجوز قسمته عليهم بحال، وليرفع ذلك إلى القاضى فيقدم من يقاسمه بعد أن يثبت عنده ما يجب، وقيل: تجوز مقاسمته إذا وافق السداد، وما قدمناه أولى.

النوع الثالث: قسمة المراضاة من غير تقويم ولا تعديل: وهو بيع من البيوع باتفاق، والحكم فيها كالحكم فى التى قبلها إلا فى القيام بالغبن فلا يقام به فى هذه لأنها كبيع المساومة، قال ابن مغيث: فإن كان الذى عقدها وكيلا فللموكل أن يقوم بالغبن إذا ظهر؛ قاله ابن زرب وغيره، وفى أقضية «المدونة» ما يقتضى أنه يقام فيها بالغبن.

ويكتب فيها: عقد كتاب قسمة مراضاة بغير تقويم ولا تعديل عقدها فلان وفلان فى الأملاك عقدها فلان وفلان فى الأملاك المشتركة بينهما بكذا فصار لفلان كذا ولفلان كذا، وتبنى على ما تقدم.

قال ابن حبيب: إذا ادعى أحد المتقاسمين الغلط فإن كانت بالتراضى فلا يلتفت إلى مدعى الغلط، وإن ظهر وتبين وهو كبيع المساومة، وإذا بيعت السلعة مساومة بثمن يسير فالبيع لازم وإن تبين الغبن والغلط، وإن كانت القسمة بالمساهمة أو على التعديل فله القيام بالغبن إذا ظهر لأن ذلك بمنزلة بيع المرابحة.

ويكتب فى إثبات الغبن: عقد وقف شهوده من أهل البصر والمعرفة بما يذكر إلى الأملاك أو إلى الدار الكائنة بكذا، وهى التى وقعت فيها القسمة بين فلان وفلان ونظروا إليها أو إلى كل قسم منهم، فرأوا أن على فلان منها فيما صار له عن حظه غبنًا فاحشًا من وجه كذا، وتحققوا ذلك بعد النظر والاجتهاد، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، فإذا ثبت هذا انتقضت القسمة ما لم تفت الأملاك ببناء أو هدم أو غير ذلك، وأعيدت القسمة بينهما بالسداد، فإن فاتت رجع إلى القيمة، وإن فات البعض اقتسما ما لم يفت مع قيمة ما فات.

وفى «كتاب ابن سهل»: أنه إن فات الذى فيه الغبن رجع بقيمة الغبن حالا كذلك فسره مطرف وابن الماجشون، وفى «مؤلفة ابن لبابة»: أنه إذا فات المقسوم ببيع أو بناء مضى القسم ولا كلام للقائم بالغلط أو الغبن فى ذلك، قال ابن عبد الغفور: والأول أحسن، فإن لم يقم بالغبن أو الغلط ببينة وجبت اليمين على الشركاء فى قول ابن القاسم، وذكر ابن عبد الغفور أنه إذا ادعى أحد

المتقاسمين الغلط فأنكر شركاؤه فإنه لا يمين عليهم لاستقرار حظوظهم بأيديهم إلا أن يأتي ببينة أو يكون الغبن فاحشا لا يخفى فينظر إليه كما تقدم.

قال أبو إبراهيم: ولا يقام بالغبن إلا بقرب القسمة، وأما بعد طول واستغلال فلا يقام بذلك، وإذا ظهر عيب فى وجه نصيب أحدهما ولم يفت الثانى فله رد الجميع وتعاد القسمة، فإن فات ما بيد صاحبه ببيع أو هدم أو غير ذلك رد نصف قيمته يوم قبضه وبقي المعيب بينهما، وإن لم يكن فى وجه الحظ رجع بنصف المعيب مما فى يده ثمنا وبقي المعيب بينهما، وإذا سكت عن المدخل والمخرج والمجرى، وصار ذلك فى حظ أحدهم، فقال ابن القاسم: تصح القسمة ويشتركون فى الدخول والخروج وصب الماء، وتكون رقبة ذلك للذى صار له، وقال ابن حبيب: تنفسخ القسمة حتى يتبين ذلك، وقال عيسى بن دينار: إن كان لصاحب النصيب الذى لا باب له ولا مجرى حيث يفتح بابه ويخرج ماءه أمر بذلك وأقرت القسمة على حالها وإلا فسخت، وإذا وجد أحد المتقاسمين فى حظه الصخرة أو العمد فهل يكون له أم لا؟ فى ذلك قولان.

وإذا استحق بعض نصيب أحدهم فإن كان يسيرا رجع بقيمته، وإن كان كثيرًا ووجد الحظ انتقضت القسمة فى الجميع، وأعيدت فى الباقى بعد المستحق، ومن فات نصيبه رد قيمته واقتسموها مع الباقى، وإذا بنى أحد الشريكين فى الموضوع المشترك أو غرس فإن كان يعلم شريكه وإذنه ومضى له من المدة ما يرى أنه أذن له إلى مثلها لم يكن له على شريكه إلا قسمة حظه من ذلك منقوضا، وإن لم يمض من المدة ما يرى أنه أذن إلى مثلها كان على شريكه قدر

حظه من ذلك قائما ولا كراء عليه، وإن كان ذلك دون إذن شريكه ولا علمه وهو غائب فيتخرج ذلك على قولين:

أحدهما: أن الشركة فى ذلك شبهة توجب لشريكه أخذ ذلك قائما إلا أن تكون قيمة ذلك أقل من حظه من النفقة فلا يزاد عليه، والثانى: أن الشركة ليست بشبهة فلا يكون له إلا قيمة ذلك منقوضا؛ وهو قول ابن القاسم، فإن كان ذلك بمحضر شريكه وهو ساكت فيتخرج ذلك على الاختلاف فى السكوت هل هو كالإذن أم لا؟ فعلى القول بأنه كالإذن يكون حكمه حكم المأذون له إلا أن فى وجوب الكراء عليه بها قولين، وعلى القول بأنه ليس كالإذن يكون له حكمه، والكراء عليه هنا واجب قولاً واحدًا، فإن اقتسما فخرج ذلك فى حظ الآخر لم يكن عليه إلا قيمته نقضا، وإذا تداعيا فى القسمة حتى يقع الفصل فى البناء، فإنهما يشتركان فى البناء أو الغراسة، وبعد ذلك يقتسمان أو يشتركان؛ ذكر ذلك ابن رشد، وإذا كان مال بين شريكين وادعى أحدهما أنهما اقتسماه قسمة متعة، وادعى الثانى أنهما اقتسماه قسمة بتْلٍ ولا بينة لأحدهما، فقال قوم: القول قول مدعى البتل مع يمينه، وقال آخرون: القول قول مدعى المتعة لأنه يقول: لم أقسم؛ ذكر ذلك بعض المتأخرين، قال: وبذلك جرى العمل، وهو الصواب؛ وبذلك قال عبد الله بن عيسى، ومحمد بن لبابة، ومحمد بن وليد، قالوا: وذلك بخلاف البيع يدعى أحدهما البتات والآخر الخيار، فالقول قول مدعى البتات ولا يجرى ذلك عليه.

وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا اختلف الشريكان فادعى أحدهما أنه قاسم شريكه قسمة متعة، وقال الآخر: قسمة بتلٍ فيشبه اختلاف المتبايعين إذا قال

أحدهما: بعت منك بيع بت، وقال الآخر: بيع خيار أن القول قول مدعى البت مع يمينه، وذكر ابن عتاب «فى طرره»: سئل أبو محمد بن أبى جعفر عن شريكين فى أرض ادعى أحدهما أنهما اقتسماها قسمة بتلة وادعى الآخر أنهما اقتسماها قسمة متعة واعتمار فقال: القول قول مدعى البتل.

وفى «كتاب الاستغناء»: قال المشاور: إذا اقتسم الشركاء أملاكهم وبقيت زمانا ثم يدعى بعضهم أنها قسمت قسمة إرفاق لا قسمة إمضاء وأرادوا نقص القسمة ولا بينة لهم فليس لهم ذلك لإقرارهم بالقسم وادعائهم ما ينقضه فلا يصدقون فى ذلك؛ لأن القسم عند مالك – رضى الله تعالى عنه – بيع من البيوع، والقول قول مدعى قسمة البتل إذا لم يظهر فيها غابن وكان بيد كل واحد قدر نصيبه لا أقل ولا أكثر كالمتبايعين يقران بالبيع ويدعى أحدهما الخيار فلا يقبل قوله إلا بالبينة لإقراره بالبيع وادعائه ما يوجب نقضه فعليه البينة بذلك، وعلى الآخر اليمين ويتم البيع، قال: وإذا لم يتقارروا بالقسم، وقال بعضهم: إنما أقطع كل واحد منا أرضا يعمرها من غير قسم وادعى بعضهم القسم فعلى مدعى القسم البينة، وإلا فعلى الآخر اليمين ويقتسمون. قال ابن فتحون فى «وثائقه»: وإذا كان فى الأرض التى يراد قسمتها زرع مستكن أو فى الأصول ثمره ظاهرة غير مأبورة فلا تجوز القسمة فى الأرض والأصول بحال حتى تؤبر الثمرة ويظهر الزرع، لأن ذلك مما لا يجوز استثناؤه؛ حكى ذلك سحنون فى الثمرة، قال ابن أبى زمنين: وهو بين صحيح على أصولهم والزرع عندى مثله وإن كان الزرع ظاهرًا والثمرة مأبورة قسمت الأرض والأصول خاصة، ولا يجوز قسمة الزرع والثمر معها ويبقى ذلك حتى يصير الزرع حبا وتجد الثمرة

فيقسم ذلك بالكيل ولا يجوز اقتسام شئ مما فى رؤس الشجر بالخرص على المنصوص عن مالك – رضى الله تعالى عنه – إلا التمر والعنب فإنه يجوز قسمتها بالخرص إذا حل بيعه على وجه الرخصة إذا اختلفت أغراض الشركاء فيها، وإن لم تختلف فلا يجوز، فإن ترك ذلك حتى أزهى بطلت القسمة فيه.

قال ابن أبى زمنين: ولابن الماجشون وأشهب أن كل مدخر من الثمار لا بأس باقتسامه بالخرص إذا اختلفت الحاجة إليه، وقد ذكر بعضهم أن مالكا -رضى الله تعالى عنه- أجاز قسم الفواكه بالخرص، قال ابن حبيب: وقد أجاز مالك فيما لا يكال من الطعام الذى لا يجوز الفضل فيه، وإنما يباع وزنا كاللحم والخبز وفيما لا يباع وزنا ولا كيلا كالبيض أن تقسم بالتحرى، وذلك فيما قل لأن التحرى يحيط به، فإذا كثر لم يجز اقتسامه بالتحرى، ولا يجوز اقتسام البقل حتى يجذ، قال: وتجوز قسمة الكتان قائما قبل الدباغ وبعده على التحرى أو التفضيل وكذلك يجوز اقتسام الزرع أخضر فدادين على التحرى أو التفضيل، وكذلك الثمرة قبل طيبها إذا حصد أو وجدا مكانهما، ولا يحل على التأخير لهما أو لاحدهما.

وسئل ابن القاسم فى قطنية وحنطة كانا زرعا قائما قد طابا للحصاد فاقتسما ذلك وأخذ أحدهما القطنية والثانى الحنطة، فقال: إن حصدا ذلك مكانهما جاز وإلا فلا، ولو كان ذلك كله صنفا واحدا لم يجز اقتسامه، وإن يبس حتى يحصد، قال سحنون: قلت له: فلو أن امرأة هلكت وتركت أخاها وزوجها وتركت حليا كثيرا ومتاعا كيف يقسم؟ قال: أما الحلى فلا يقسم إلا وزنا وقد سألنا مالكا – رضى الله تعالى عنه – عن القوم يرثون الحلى فيه الذهب، فتقول

أختهم: اتركوا لي هذا الحلي وأنا أعطيكم وزن حظكم ذهبا، فقال: إذا وزنت ذلك لهم يدًا بيد فلا بأس به، قلت له: فلو ورثنا رقيقا ودنانير وقسمنا الرقيق مثل الدنانير فجعلنا الدنانير في ناحية والرقيق في ناحية؟ فقال: لا تجوز هذه القسمة إلا على المراضاة وأما بالقيمة فلا، ويقسم القاضي على الصغير والغائب بعد أن يثبت عنده ملكهما للمقسوم، وكذلك إذا تنازع الشركاء وحكم بالقسمة بينهم فلا يكون ذلك حتى يثبت تملكهم للمقسوم.

ويكتب في ذلك عقد نصه: شهوده يحوزون الأملاك أو الدار بكذا، حدودها كذا، ويعلمونها مالا وملكا على نسبة كذا لفلان وفلان، لا يعلمون لهم في ذلك بيعا ولا تفويتا، ولا أنها خرجت عن ملكهم بوجه حتى الآن ويعلمون فلانا منهم يتيما صغيرا مهملا أو غائبا غيبة انقطاع ومن شركه في ذلك ذهب إلى القسمة في ذلك والفضل فيه وأن فلانا أهل لأن يقدم لإنفاذ القسمة عليه في ذلك، وقبض حظه منه وبه، وتميز لدينه ومعرفته ويعرفونه أتم معرفة، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، فإذا ثبت ذلك فيكتب عقد الحيازة، **ونصه:** حضر بإذن القاضي فلان وفقه الله تعالى من يضع اسمه إثر تاريخه حيازة فلان وفلان من شهود الرسم أعلاه للأملاك أو الدار المحدودة فيه، وتطوفوا معهم عليها، وقالوا لهم عند حيازتهم لذلك وتعيينهم إياه: هذه الأملاك أو الدار التي حزناها عليكم وعيناها لكم هي التي شهدنا فيها لدى القاضي المذكور الشهادة المقيدة عنا فيه، ومن حضر الحيازة عن الإذن المذكور واستوعب مقالة الحائز وعرفهم قيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، فإذا ثبت ذلك فيكتب التقويم، **ونصه:** ثبت عند القاضي فلان -وفقه الله تعالى- رسم الاسترعاء أعلاه ورسم

الحيازة تحته، وسئل منه النظر فيما ثبت لديه من ذلك، فاقتضى نظره أن قدم لإنفاذ القسمة على اليتيم أو الغائب المذكور فيه في الأملاك المذكورة فيه بما تجوز به القسمة على المحاجير أو الغائبين شرعا، وإبراز حظه من ذلك وتمييزه فلانا المذكور فيه لما ثبت لديه من أهليته لذلك تقديما تاما أنفذه له، وأمضاه بعد تقضي موجبه، وبمحضر المقدم وقبوله لذلك، وشهدنا على القاضي بما فيه عنه من أشهده به بموضع نظره من موضع كذا، وأشهده المقدم بما فيه عنه وعرفه في كذا.

بيان: إذا كان أرباب الأملاك كلهم أصاغر فإنها تترك ولا تقسم بينهم إلى أن يترشد أحدهم فيطلب ذلك إلا أن يثبت في ذلك النظر لهم بوجه من الوجوه فحينئذ يقدم من يقسم بينهم، وإن كان عليهم وصي فبادر إلى ذلك فقسمها فقد أجاز ذلك سحنون ،والأولى ما تقدم وأجرة القسام عند مالك -رضي الله تعالى عنه- على عدد الجماجم، وقال أصبغ: على قدر الأنصباء ؛ وهو قول أشهب، قال ابن فتحون: والأول أظهر، وأجرة كاتب الوثيقة كذلك فيها على السواء، وهي حلال لمن أخذها عند أهل العلم، قال ابن حبيب: والتتره عنها أفضل، وإذا اجتمع الشركاء على القسم وقعد أحدهم وقسم الباقون وعرف قسمته وموضعه فمكث ولم يغير بقرب ذلك لزمه القسم، ومضى ذلك إذا قسم الورثة ثم طرأ على التركة دين ثابت أو وصية فإن القسمة تنتقض في قول مالك وابن حبيب في «الواضحة» وهو أيضا قول ابن القاسم المشهور عنه، قال: إلا أن يجمع الورثة على أداء الدين والوصية وتقرر القسمة فلهم ذلك، وقيل: لا تنتقض القسمة وهو قول أشهب وسحنون ويفض الدين على قيمة ما لكل واحد منهم،

قيل: يوم الحكم، وهو قول سحنون، وقيل: على أجزاء القسمة يوم وقوعها، وهو قول أشهب، فإن تلف ما بيد أحدهم فإن كان بأمر سماوى كالعطب والموت والهدم فلا اختلاف في أنه لا يضمن من تلف بيده شيء لصاحب الدين ولا غيره، وإن كان بغير ذلك مثل أن يبيعه أو يعتقه أو يهبه أو غير ذلك، ففى ذلك قولان أحدهما: أنه يضمن لصاحب الدين قيمته وهو أحد قولي أشهب، وذكره ابن حبيب في الصدقة في «كتابه»، وروى أيضا عن ابن القاسم، وأنكره سحنون والثاني: أنه لا يضمن للوارث شيئا من ذلك، وهو قول أشهب أيضا الذي اختاره بعض الشيوخ، وذكره ابن عبدوس، قال: وهو كمن اشترى عبداً فاستحق من يديه وقد باعه أنه إنما عليه ثمنه وإن أعتقه أو وهبه رد ذلك، ولم يتبع بشيء وإن لم يغترق الدين التركة رد من الموهوب أو المعتق ما ينوب الدين، وإن اتخذها أم ولد اتبع بقيمتها دينا، هذا إذا صار ذلك بالقسمة سواء كانت بأمر السلطان أو ولى أو لا، وأما إن كان الوارث ضمن الذي بيده على وجه الشراء بثمن معمول ليتحاسب من حظه، فلا اختلاف في أن ضمان ذلك منه تلف بأمر سماوى أو غيره ونماؤه له أيضا، ويغرم لصاحب الدين الثمن إذ لا فرق أن يشتريه الوارث أو الأجنبي ولا اختلاف فى أن الوارث مصدق فيما ادعى تلفه من الحيوان أو غيره مما لا يغاب عليه، وأنه لا يصدق في العروض التي لا يغاب عليها إلا أن تقوم البينة على تلفها، وأما العين والطعام والإدام، فإن لم تقم بينة على تلفه فهو ضامن باتفاق، وإن قامت البينة على تلفه، ففي ذلك ثلاثة أقوال أحدها: أنه ضامن ؛ وهو قول ابن القاسم في رواية يحيى، والثاني: أنه لا ضمان عليه ؛ وهو قوله في سماع أصبغ، والثالث: أنه ضامن في العين دون

غيره؛ وهو قول أصبغ، فإن تعذر أخذ ما بيد أحد الورثة بعدم أو شبهة رجع بما يخصه صاحب الدين فيما بقي بيد سائر الورثة إن لم يغترق الدين التركة إلى منتهى ما بأيديهم خاصة، ويرجعون هم عليه بما أدوا عنه، فإن طرأ وارث فإن القسمة تنقض وتعاود في الأصول وغيرها إلا في العين والطعام وما لا يعرف بعينه فيتبع كل واحد بما صار له، ومن أعدم فلا يتبع بما يخصه سواه على المعروف، وقيل: يتبع به الجميع، وما تلف بغير سبب الوارث لم يضمنه ويضمن ما أكل أو لبس أو تصرف فيه أو تلف بسببه.

وسئل ابن رشد في رجل مات وترك عليه ديونا ومالاً يفي بها فباع بعض الورثة حظه من بعض، وباعه قبل إخراج الدين هل يجوز ذلك؟ فقال: إن سلم له سائر الورثة بيع نصيبه وأدوا الدين من بقية التركة جاز ذلك على مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك خلاف رواية أشهب عنه أن البيع لا يجوز على حال، وقول ابن القاسم وروايته أظهر عندي. قال أشهب عن مالك فيمن توفي وترك ألف دينار وعليه مائتا دينار فباع ورثته بعض التركة، فالبيع مردود، وقال سحنون: لا يعجبني منه، والبيع تام إن كان بقي ما يوفي الدين،

وفي «سماع عيسى»: إذا اقتسم ورثة الميت ماله وله غريم حاضر ينظر ثم قام بعد ذلك بذكر الحق فلا شيء له إلا أن يكون له عذر في تركه القيام وسلطان يتقيه وشبهه فيكون على حقه، وإن طال زمانه لقوله عليه الصلاة والسلام: «**لا يبطل حق امرئ مسلم وإن قدم**»[1] ويجوز اقتسام غلة الرحى المشتركة وشبهها بالأيام، واليوم واليومين، وكذلك خراج العبد، ولا يجوز بالجمعة والشهر،

(1) لم أقف على تخريجه من الكتب التسعة بهذا اللفظ.

والشأن في الغنائم قسمها في دار الحرب وهم أحق برخصها فتباع كلها بالنقد ويقبض الإمام الثمن فيأخذ خمسه ويقسم أربعة الأخماس على العسكر، ولا يجوز أن يقسمها بالقيمة ولا بالدين ويحيل بعض الناس على بعض، وفي «الموطأ» من قول سعيد بن المسيب جواز قسمتها بالقيمة، وهو خلاف «المدوّنة» وفي «مسائل ابن الحاج»: سئل في العسكر إذا شاهدوا العدو ثم انصرفوا وهم من أماكن مختلفة كل واحد إلى مكانه قبل اجتماع الفيء ولا يعلم عدد من حضر ولا من غاب، فقال: يأخذ أمير الجيش الخمس ليجعله حيث يجب ثم يحصي جميع من حضر الغزاة، والقتال بالتحرى والتخمين والتقدير، إذ لا يقدر على أكثر من ذلك بأن يجمع أعيان أصحابه وشيوخ عسكره، ويقول لهم: بكم تقدرون جميع العسكر في الغزاه المعينة ؟ فإذا اتفقوا على تقديره بعدد ما جعله أصلا وقسم أربعة الأخماس عليه فما ناب منهما من حضر أعطاه سهمه وما ناب من غاب وانقطع وقفه للغائبين، فمن جاء وأقام البينة أنه حضر الغزاة أعطاه سهمه، فإن لم يأت أحد صرفه حيث يراه من مصالح المسلمين، وإن اختلفوا في التقدير أخذ من قولهم ما يتفقون عليه من العُدَد، وترك الذي يختلفون فيه، قال: ونزلت في أيام ابن أبي عامر، وسئل في ذلك ابن زرب فقال: أمرهم إلى اجتهادك، ورأى بعض الفقهاء جوابه مجملا مفسراً، وما ذكرته فهو الصواب، وبه يتخلص في ذلك.

فصل الشفعة

والشفعة واجبة للشريك في الأصول الثابتة كلها كالدور والأرضين ونحوها فإن كانت مما ينقسم فهي واجبة فيها باتفاق، وفي الثمار إذا كانت تنقسم قولان أحدهما ثبوت الشفعة فيها ؛ وهو قول ابن القاسم المشهور وروايته عن مالك -رضي الله تعالى عنه- في «المدونة» والثاني سقوطها وهو قول المغيرة بخلاف الشجرة الواحدة تكون مشتركة فلا شفعة على المشهور إلا أن تباع تابعة للأرض، قال سحنون: قلت لابن القاسم فالنخلة إذا كانت مشتركة بين رجلين فباع أحدهما حظه؟ فقال: لا شفعة فيها، وإن كانت مما لا ينقسم ففي ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الشفعة في ذلك واجبة، وإن كان لا ينقسم بحال كالنخلة الواحدة والشجرة الواحدة، وهو قول مطرف لأن ذلك من جنس ما ينقسم، ومذهب مالك -رضي الله تعالى عنه- أيضا لأن الشفعة عنده في الأصول كلها ما ينقسم وما لا ينقسم.

والثاني:أنها لا تجب في ذلك شفعة كان مما يحكم بقسمته أم لا ؛ وهو قول ابن القاسم في «العتبية».

والثالث: أنها لا تجب إلا فيما ينقسم، وإن كان لا يحكم بقسمته كالرحى والحمام للضرورة ؛ وهو قول ابن القاسم في «المدونة» الذي جرى به العمل، قال ابن رشد: وإنما أوجب القاسم الشفعة فيما لا يحكم فيها بالقسمة مراعاة لقول من يرى فيها القسمة إذا لم يختلف قوله فيما علمت أنه لا شفعة فيما لا

ينقسم بحال كالنخلة والشجرة، ويلحق بالثمار في ذلك المقاثي كالباذنجان والقثاء والقرع ؛ لأنها تجتنى كالشجر بخلاف الزرع والبقول فلا شفعة فيها على المشهور، واختلف في الأصول المغيبة كالفجل واللفت والجزر، فقيل: إنها كالمقاثي وفي «المدونة» أنها كالبقول، ولا شفعة فيها، والثمر إذا كانت مشتركة بين رجلين بمساقاة أو غيرها وأزهت فباع أحدهما حظه منها ففيها الشفعة عند مالك وهو المشهور المعمول به، فإذا يبست واستجذبت فلا شفعة فيها، وأما الأندار ففي «سماع زونان»، سئل عنها أشهب، فقال: الشفعة فيها واجبة، وقال بذلك ابن وهب، وقال سحنون: لا شفعة فيها وهي كالأفنية، واختلف قول مالك في الشفعة في أكرية الدور والمزارع فعنه فيها قولان، قال ابن فتحون: وبسقوط الشفعة فيها قال ابن القاسم، ومطرف وبه القضاء.

والقليب يكون في الأرض مشترك اختلف في وجوب الشفعة فيه الفقهاء المتأخرون على قولين، وكذلك الدين يباع والكتابة في الشفعة فيها قولان، وأما الماء فقال ابن رشد: لا خلاف أعلمه في إيجاب الشفعة إذا بيع مع الأرض أو دونها ولم تقسم الأرض، واختلف في إيجاب الشفعة إذا قسمت الأرض، فقال في «المدونة»: إنه لا شفعة فيه، وقال في «رواية يحيى»: إن فيه الشفعة، وكان بعض الشيوخ يقول: إن ذلك الاختلاف مبني على الخلاف في الشفعة فيما هو مثبت في الأرض كالكراء وغيره، ولا تجب الشفعة إلا بعد ثبوت البيع في الخط المشترى .

ويكتب في ذلك عقد: استشفع فلان من فلان الخط الذي اشتراه فلان من فلان من كذا من الدار أو الموضوع المشترك بين المستشفع والبائع فلان الكائن

بكذا، وقدره النصف أو الثلث بثمن كذا، قبضه البائع حسبما ذكر في عقد الشراء المقيد بينهما وأشفعه في ذلك فلان بعد علمه للمشترى بوجوب الشفعة له، وأحضر له ما دفعه من الثمن مع ما لزمه من دلالة وغيرها، ودفع له ذلك فقبضه منه، وصار بيده، وأبرأه وحل في ذلك محله، ومحل ذي المال في ماله، وذي الملك الصحيح في ملكه على السنة والمرجع بالدرك، وهو عارف وبصير، وشهد عليهما بذلك في كذا .

بيان: قولنا: «بعد علمه المشترى بوجوب الشفعة» يعني عن إثبات ما يحتاج إلى إثباته الشفيع من الشركة وغيرها، وإن لم يكن الشراء ظاهرا بعقد فلابد أن تذكر تصديقه في مقدار الثمن ومعرفته بالبيع وقبض الثمن، وليس للشفيع أخذ بعض الحظ، فإما أن يأخذ جميعها أو يتركها ولمن شاركه فيها أن يدخل معه في ذلك إن كان أخذها أو يأخذ جميعها إن كان الأول تركها، وإذا طلب أن يضرب له أجل في الثمن بعد أخذه بالشفعة فإنه يضرب له ثلاثة أيام في قول مالك -رضى الله تعالى عنه- وبذلك جرى العمل، وقيل: ينظر إلى قلة الثمن وكثرته ويسر الشفيع وعسره فيضرب له من الأجل بقدر ذلك، وإذا طلب الشفيع بالأخذ بها أو الترك فيلزمه أحد الوجهين، وقيل: لا يمهل، ولا يلزم إسقاط الشفعة قبل البيع على أي وجه كان بعوض أو بغير عوض، قال ابن رشد: وكذلك إن قال: إذا اشترى فلان حظ كذا فقد أسقطت الشفعة فيه بخلاف الطلاق، وكذلك إن أخبر أن البيع انعقد بعدد فأسقط الشفعة ثم علم أنه انعقد بأقل فله الشفعة، فإن أسقطها قبل أن يعلم مقدار الثمن لزمه ذلك، وتسقط بعده إذا أسقطها بالتصريح أم بما ينبني على الإسقاط كالمساومة

والمقاسمة، قال ابن رشد: أو يدعوه إليها، وعقد المساقاة أو الإجارات معه فيها على الخلاف، فإن باع الحظ الذي له ففي وجوب الشفعة له بعد ذلك قولان، وكذلك تسقط إذا ترك القيام بها بعد علمه بها السنة ونحوها كالشهر والشهرين على المعروف، وعليه اليمين في تسعة أشهر فما فوقها أنه ما كان سكوته تركاً لها، وقال أصبغ: هو على شفعته السنتين والثلاثة ما لم يوقف فيأخذ أو يترك، وروى مطرف: خمسة أعوام، وقيل: لا تسقط مطلقاً حتى يوقف، وقيل: تسقط في الأيام القليلة إذا تركها فإن أسقطها على شيء أخذه من المبتاع أو هبة لـه، قال ابن رشد: ففي ذلك قولان أحدهما: أن في ذلك ماضٍ، ولا يكون للشركاء مع الشفيع أن يأخذوا إلا مقدار ما لهم فيها ويبقى حظ المسقط للمشتري ؛ وهو قول أصبغ، والثاني: أن ذلك لا يجوز، قال: وهو الأظهر الذي أقول به، ويرد الشفيع على المبتاع ما أخذه منه، ويبقى على شفعته مع إشراكه إن شاء، والغائب على شفعته وإن طالت غيبته، فإن قدم حُكم له بحكم الحاضر من يوم قدومه، فإن علم قبل غيبته فكالحاضر، وكذلك السفيه الذي لا ولي له حكمه حكم الغائب في جميع ما تقدم، فإن كان له أب أو وصي فهما ينوبان عنه في الأخذ أو الترك في لزوم ذلك في الوصي خاصة دون الأب والوصي في ذلك سواء، وأنهما إذا غفلا عن الأخذ بها العام ونحوه سقطت، واختلف في المريض، فقال عيسى: حكمه في ذلك حكم الحاضر الصحيح إلا أن يشهد في مرضه أنه على شفعته، وقال مطرف وابن الماجشون: إنه كالغائب، وبذلك أخذ ابن حبيب، قال بعض الشيوخ: والمرأة إذا كانت على مسيرة اليوم لا تنقطع شفعتها إلا أن تكون ممن تخرج ويتبين كذبه، والرجل على شفعته في مغيب الثلاثة أيام

وأما اليوم أو اليومان فهو كالحاضر، والقول قول الغائب والسفيه والصغير في أنهم لم يعلموا حتى يثبت عليهم أنهم علموا وفي مقدار المدة من حين الترشيد أو القدوم ؛ ذكر ذلك في «الاستغناء»، وفي «مسائل ابن الحاج»: سئل فيمن باع حظه من ملك مشترك بينه وبين أولاده ثم قام ليأخذ ما باعه بالشفعة لبنيه فقال للبائع على نفسه أن يأخذ ما باع بالشفعة لبنيه؟ إذا قام قبل تصرم المدة التي تنقطع فيها الشفعة، وكذلك الوصي إذا باع حظ أحد محاجيره أو حظ نفسه له أن يأخذ بالشفعة للآخر، وينفرد أهل السهام بالشفعة فيما بينهم، ولا يدخل معهم العصبة وفي ذوي السهام على العصبة قولان، والشريك الأخص أولى فإن سلم فالأعم، والموصى لهم عند ابن القاسم كالعصبة، وعند أشهب كأهل السهام، وفي «مسائل ابن الحاج»: إذا كانت دار بين رجلين على الإشاعة فتوفى أحدهما فيقاومها الورثة وضم أحد الورثة حظوظ سائرهم، فلا يكون للشريك شفعة لأنهم لو باعوها من أجنبي لما كان أحق بالشفعة من الشريك، فإن كان المبيع حظوظا مختلفة في صفقة واحدة لم يكن له أخذ بعضها دون بعض إلا برضا المبتاع، فإن كان في صفقات كان للشفيع أن يأخذ أيها شاء، فإن أخذ الأوّل لم يشفع له المبتاع، وإن أخذ الثاني شفع له بالأول، وإن ابتاع رجلان من رجل شقصا من دارٍ فأراد الشفيع أخذ حصة أحدهما دون الآخر لم يكن له ذلك، فإما أخذ الجميع أو ترك، وهو في «المدونة» و في «المجموعة» و «الموازية» لأشهب: أن له الأخذ ممن شاء وقال سحنون وابن المواز: وإذا كان في الحظ المبيع ثمرة فإن الشفيع يأخذها مع الأصل كانت مأبورة أو غير مأبورة عند أخذها بعد أن يدفع للمبتاع أجرة سقيها وعلاجها إذا وقع البيع قبل الإبار، فإن

تأخر قيامه إلى الجذاذ ويبس الثمرة فليس للشفيع من الثمر شيء عند ابن القاسم، ويأخذ الأصل بجميع الثمن أو يترك، فإن كانت الثمرة حين البيع قد أبرت أو أزهت واشترطها المبتاع، فإن الشفيع يأخذ ذلك مع الأصل بالثمن الذي بذل فيه باتفاق، فإن تأخر قيامه حتى جذت الثمرة أو يبست فإنه يأخذ الأصل بما ينوبه من الثمن عند ابن القاسم، وقال عبد الملك بجميع الثمن ولا يحط عنه شيء من الثمن، وأما إن كان فيه زرع فإما أن يكون ظاهرا أو مستمسكا في الأرض أو يابسا قد استحصد، فإن كان قد يبس واستحصد كان المتاع قد اشترطه فهو للمبتاع، ويأخذ الشفيع الشقص دونه، قال ابن فتحون: وتجوز تبقيته للمتاع ولا يرجع إلى البائع لأن شراءه في تلك الحال جائز، وإن كان أخضر ظاهرا فإن الشفيع يأخذ الأصل خاصة بما ينوبه من الثمن ولا يأخذ الزرع لأنه لا شفعة في الزرع ؛ روى ذلك ابن القاسم عن مالك وبه القضاء، واختلف في ذلك قول أشهب فمرة قال: يأخذ الزرع مع الشقص، ومرة قال: لا يأخذه، قال ابن فتحون: فإذا أخذ الشفيع الأصل فلا يجوز بقاء الزرع بيد المبتاع دون أصل، ويرد على البائع بمنابه من الثمن، قال: ومثل ذلك رأيت للشيخ أبي الوليد فإن كان الزرع يابساً فإنه يبقى للمتاع كما تقدم وإن كان مستمسكا حين البيع لم يبرز، فإن أخذ الشفيع بالشفعة وهو على تلك الحال لم يبرز فهو له حسبما كان للمبتاع ولا يؤدي إلا الثمن الذي بذله خاصة، قال: فإن أخذ الشفيع بالشفعة بعد أن نبت الزرع وظهر فهو للشفيع عند ابن القاسم بعد أن يؤدي إلى المبتاع مع الثمن قيمة البذر على قدر ذلك يقوم على الرجاء أن يتم والخوف أن لا يتم، وكذلك الثمرة إذا تأخر أخذ الشفعة فيها حتى أبرت

أو عقدت، فإن الشفيع يؤدي قيمتها على الرجاء والخوف مع الثمن ؛ ذكر ذلك ابن فتحون وفي «المجموعة»: يؤدي قيمة ما سقى وعالج كما تقدم، فإن زرع المبتاع الحظ المبيع ثم قام الشفيع فقال ابن القاسم: قال مالك -رضى الله تعالى عنه- يأخذ بالشفعة والزرع للزارع، قال سحنون قلت هل يكون للشفيع كراء ؟ قال: لا، قلت: فإن كان المشتري قد غرسها نخلا أو شجرا ؟ قال: يقال للشفيع اغرم قيمة ما فيه من الغرس، فإن أبى لم يكن له شفعة والقيمة في ذلك يوم القيام، وفي «مسائل ابن الحاج»:

إذا زرع الشقص المشترى ثم قام الشفيع قبل أن ينبت الزرع ويستقل على وجه الأرض، وأراد أن يأخذ بالشفعة، قال: فهذه المسئلة تأتي على قولين، فإن جعلت المأخوذ بالشفعة كالمستحق جاز أن يأخذ الشقص بالثمن ويبقى الزرع المأخوذ منه بالشفعة، وإن جعلت المأخوذ بالشفعة كالمبيع لم يصح الأخذ بالشفعة إلا أن يأخذ الزرع والأرض وإن لم يكن في البذر شفعة فيؤخر حتى يطلع فيأخذ الأرض لأنه لا يجوز بيع الأرض واستثناء البائع ما فيها قبل أن يطلع وفي «أحكام ابن سهل»: إذا اكترى المشتري الشقص الذي فيه الشفعة لأعوام ثم قام الشفيع فإنها نزلت بطليطلة فأفتى فيها ابن مغيث وابن رافع رأسه وأبو محمد الشارقي وغيرهم: أن له الأخذ بالشفعة، ويبقى إلى مدة المكتري أو إسلام الشفعة كعيب حدث بالمشتري، وليس له فسخ الكراء، وكتب بها الشارقي إلى قرطبة فأفتى ابن عتاب وابن العطار وابن مالك أن له الأخذ بالشفعة ويفسخ الكراء ثم نزلت عند القاضي أبي محمد بن الحشا فكتب فيها إلى قرطبة، وذكر في السؤال، وكيف إن أكرى المشتري الشقيص أياما أو أعواما كثيرة أو قليلة؟

فأجاب ابن العطار وابن مالك: له إذا أخذ بالشفعة نقض الكراه وجاوب أبو عبد الله بن عتاب إن اكترى المبتاع الشقيص وهو يعلم أن له شفيعا لم ينفذ الكراء إلا أن يكون في المدة اليسيرة كالأشهر، وأما الوجيبة البعيدة فلا ينفذ الكراء إلا أن يكون مكترى الأرض قد زرعها فلابد من بقائه فيها حتى يحصد وإن كان المشتري لم يعلم بالشفيع، وإنما استحق مستحق شقصا من دار أو أرض فأخذ بالشفعة فلا ينفسخ الكراء إلا في الوجيبة البعيدة، وأما ما يتعارف الناس من الكراء كالسنة ونحوها فذلك نافذ لأنه قد فعل ما كان جائزا، قال: فهذا رجوع منه عن الجواب الأول، ولا ضمان على المبتاع فيما حدث فيها عنده من نقص أو عيب، وليس له أن يبيعها أو يحبسها، فإن فعل فسخ، وفي «المجموعة»: إن بنى فيها مسجدا فللشفيع هدمه وله بيعه ويخير الشفيع في الأخذ بالشفعة منه أو من المشترى الثاني، فإن أقاله فهل يشفع على المشترى أو يخير فيه؟ وفي الشفعة على البائع في ذلك قولان، وفي «كتاب الاستغناء»: إذا قسم على الغائب الذي وجبت له شفعة ثم قدم فله نقض القسمة والأخذ بالشفعة عند مالك وابن القاسم، وقال سحنون: القسمة نافذة ويأخذ الحظ الذي صار للمشتري بالشفعة إن شاء، وإذا وقع البيع بالنقد فيلزم الشفيع دفع الثمن نقدا يؤجل فيه الثلاثة الأيام كما تقدم، وإن كان إلى أجل فإنه يبقى على الشفيع إلى ذلك الأجل، والحمالة معروف كالقرض لا يجوز أن يأخذ عليها عوضا ولا يجر بها نفعا، وما حط من الثمن لعيب فإنه يحط عن الشفيع باتفاق، وإن حط هبة، فقال أشهب كذلك، وقال ابن القاسم: إن كان مثله يحط عادة حط عن الشفيع وإلا فلا، وإذا ادعى الشفيع أن الثمن وقع البيع بأقل منه وتوطأ مع البائع على

ذلك، فإن ذلك الثمن مثل ما يتبايع به في ذلك فلا يمين على المشتري، وإن كانت فيه زيادة فاحشة فإن اليمين على المشترى، فإن نكل حلف الشفيع على ماذكره من الثمن ويشفع فيه، ولا يمين على البائع في شيء من ذلك، وكذلك إذا ادعى في الصدقة أنها بيع في الباطن فإن المتصدق عليه إن كان مستسهلا لذلك ممن يتهم وإلا فلا، وعلى المبتاع البينة أنه ممن لا يستسهل ذلك ؛ قاله ابن مغيث وأفتى أبو إبراهيم بوجوب اليمين في ذلك على كل حال، وقال: إنه جرى العمل عندهم بذلك، وإذا جهل الثمن سقطت الشفعة، وكذلك ما خرج عنه الوصي لمحاجير على وجه التمحى لا شفعة فيه عند ابن القاسم، ولا عند غيره إلا أن يكون صلحا عن طلب ففيه الشفعة، وهو كالمبيع والشفعة في كل ما تجدد ملكه اختيارا بمعاوضة كالبيع والصلح في الدم وغيره والمهر والهبة للثواب وغير ذلك من المعاوضات، وفي الصدقة والهبة لغير ثواب قولان، والعهد على المشتري فإن كان العوض غير عين شفع بقيمته، فإن لم يقوم كالخلع فقيمة الشقص يوم العقد، وإن تنازعا في قدر الثمن فالقول قول المشتري فيما يشبه بيمين، وإلا فقول الشفيع، وقال أشهب: قول المشتري فيما يشبه دون يمين وفيما لا يشبه يمين، وإن أنكر المشترى الشراء والبائع مقر سقطت، وهل له أخذه إن حلف لأن البائع مقر أنه أخذ؟ صوّبه اللنحمي، فإن أنكر البائع والمبتاع التبايع ففي ذلك اختلاف بين الشيوخ أفتى ابن لبابة بوجوب اليمين عليهما، وأفتى أبو صالح وغيره أن لا يمين عليهما في ذلك ؛ ذكر ذلك ابن سهل، وإذا قال الشفيع: إن البيع وقع منذ شهرين، وقال المشترى: منذ عامين فقال ابن فتحون في «وثائقه»: القول قول الشفيع مع يمينه، وإذا أنكر البائع

الإشاعة فعلى القائم اثباتها وكذلك إن أنكرها المبتاع، وقيل: إن على المبتاع إثبات البينة أنه اشترى مقسوما، وقال ابن الحاج في «مسائله»: إذا ادعى المشترى أنه اشترى مقسوما وقال الشفيع: بل اشتريت مشاعا إن القول قول الشفيع، وعلى مدعى القسمة البينة، ذكر ذلك في «سماع عيسى» قال فيه: ولو ادعى المشترى أنها كانت قسمة بت وادعى الشفيع أنها كانت قسمة اغتلال واستمتاع لكان القول قول الشفيع، وعلى المشترى إقامة البينة أنها كانت قسمة بت وكذلك في الشركاء وفي «مسائل ابن الحاج»:

إذا كانت أملاك مشتركة بين رجلين فباع أحدهما منها فدانا بعينه، قال: فلم يختلف ههنا قول ابن القاسم أنه باع حقه وحق غيره، فإن قام في الحال شريكه أو كان غائبا فقدم فإنه يأخذ نصيبه بالاستحقاق بلا ثمن ونصيب شريكه بالشفعة ويرجع المشترى على البائع بما ينوب حظ شريكه، وله أن يترك الشفعة ويأخذ نصيبه بالاستحقاق بلا ثمن، فإن باع جميع حصته فلم يختلف هنا قول ابن القاسم ولا غيره في أنه باع حظه فقط، ولشريكه الشفعة فقط، فإن باع جزأ معينا يكون مثل حصته، أو ربع حصته فاختلف في ذلك قول ابن القاسم فروى عنه يحيى أنه بمنزلة من باع حقه وحق غيره، ويأخذ الشريك الذي لم يبع النصف باستحقاقه والنصف بشفعته كما إذا باع موضعا معينا، وروى عنه سحنون أنه بمنزلة من باع حق نفسه فقط، وإنما تجب له الشفعة دون استحقاق، ونزلت هذه المسألة بقرطبة ورجل جزأ على الإشاعة من أرض بينه وبين رجل آخر ولم يذكر في العقد جميع حصته، فذكر فيها القولان، ولا شفعة في عرض ولا حيوان ولا رقيق، ولا زرع ولا بقل، ولا في طريق ولا بئر، ولا

مسيل ماء، ولا فحل نخل ولا فيما لا ينقسم بحالٍ على المشهور، وقال ابن المواز: لم يختلف قول مالك وأصحابه في وجوب الشفعة في الحمام، وقيل عنه: لا شفعة فيه، والرحى فيها الشفعة عند ابن القاسم في بيوتها وسدها ومناصبها غير الحجر المستدير فلا شفعة فيه وروى ابن وهب الشفعة في ذلك كله، قال بعضهم: فإن كانت الرحى في مجرى الوادي فهي غير مأمونة ولا شفعة فيها لأنه لا يؤم أن يقلعها الوادي فيبقى الماء ولا شفعة في الماء، وفي «كتاب ابن سهل» إذا طلب المشترى الشفيع بالاجرة التي أداها عند الابتياع وأجرة الوثيقة فإن ذلك يلزمه ؛ ذكره ابن عتاب وابن القطان.

الاستحقاق، والحيازة، والغصب والتعدي، وما يجب فيه، والضرر على اختلاف وجوهه

ومن ادعى في شيء بيد غيره أنه ملكه فأنكر ذلك الذي هو بيده فلا يكلف أن يقول من أين صار له، ولا بأي وجه يملكه، وعلى المدعى إثبات تملكه له والمستحقات على نوعين: أصول وغيرها فأما الأصول فيكتب فيها:

عقد يعرف شهوده فلانا، ويعلمون له مالا وملكا جميع الدار أو الموضع أو الضيعة بكذا حدودها كذا لا يعلمون فيها بيعا ولا تفويتا، ولا أنها خرجت عن ملكه بوجهٍ حتى الآن، ويجوزون ذلك ويعينونه بالوقوف إليه متى دعوا إلى ذلك وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، وإن كان القارئ ورثة فيكتب فيه ما نصه:

يعرف شهوده فلانا ويعلمون له مالا وملكا جميع الدار أو الملك بكذا حدوده كذا لا يعلمون له فيه بيعا ولا تفويتا، ولا أنه خرج عن ملكه بوجه إلى أن مات، وأحاط بميراثه زوجه فلانة وبنوه منها فلان وفلان وفلان لا يعلمون له وارثا غير من ذكر لا يعلمون لأحد من الورثة في ذلك بيعا ولا تفويتا بوجه حتى الآن، ومن علم ذلك على حسبه، ويعرف من ذكر، ويجوز الملك بعينه قيد على ذلك شهادته في كذا.

بيان: قال ابن رشد: الذي مضى به العمل، وأفتى به شيوخنا أن من ادعى عقارا بيد غيره زعم أنه صار إليه عمن ورثه عنه أن المطلوب لا يسئل عن شيء حتى يثبت الطالب موت مورثه الذي ادعى أنه ورث ذلك العقار عنه ووراثته له، فإذا ثبت ذلك وقف المطلوب حينئذ على الإقرار والإنكار خاصة، و لم يسئل من أين صار له، فإن أنكر، وقال: المال مالي والملك ملكي ودعواه باطلة اكتفى بذلك و لم يلزمه أكثر منه، وكلف الطالب إثبات الملك الذي زعم أنه ورثه وموته ووارثته له، فإن أثبت ذلك على ما يجب سئل المطلوب حينئذ من أين صار له وكلف الجواب على ذلك، فإن ادعى أنه صار من غير موروث الطالب الذي ثبت الملك له لم يلتفت إليه ولا ينفعه إثباته إن أثبته، وإن ادعى أنه صار إليه من قبل الموروث الطالب بوجه يذكره كلف إثبات ذلك، فإن أثبته و عجز الطالب عن المدفع في ذلك بطل دعواه، وإن عجز عن إثبات ذلك قضى للطالب؛ هذا مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في «المدونة»، ولا اختلاف في ذلك أحفظه، وما ذكره ابن العطار أن الفتوى مضت بأن يلزمه ابتداء قبل إثبات المدعي الملك لمورثه الجواب هل صار إليه بسببه أو بسبب مورثه الذي

أثبت موته ووارثته له بعيد، وقولنا: «ويعلمون له مالاً وملكاً» هو الصواب، فإن قال ملكه خاصة أو حيزه أو سكنه، ففي ذلك اختلاف بين الشيوخ، فقال ابن مالك: الشهادة ساقطة لأن الملك لفظ محتمل غير بين، وقال ابن عتاب: إن كان الشهود لهم نباهة ومعرفة بالشهادة فهي عاملة وإلا فلا، وقال أبو المطرف: هي شهادة تامة، وقولنا: «لا يعلمون له فيه بيعا ولا تفويتا» هو الجاري عل قول مالك إذ لا يسوغ عنده أن يقول لم يبعه ولا فوته وكذلك لا وارث له ولا مال له لأن اللفظ يعطي القطع والبت، فهو يضارع الغموس والزور ؛ قاله -رحمه الله تعالى- وإن كنت لا أسوغ للشاهد أن يشهد بذلك إلا مع حصول العلم اليقين بذلك فلا أسوغ له أن يسوق اللفظ إلا على النفي للعلم، وابن الماجشون يقول بخلاف ذلك، وأنه لا بد أن يقول لم يبعه ولا فوته ولا وارث له ولا مال لأنه إن قال: أعلم أمكن أن يشهد بذلك مع غلبة الظن واختاره بعض القضاة، قال ابن رشد: وإن نص الشاهد على البت والقطع في شهادته في هذا المعنى فلا يجوز قولا واحدا، فإن سقط هذا الفصل من العقد قال ابن عتاب: ففي إعمال ذلك اختلاف بين الفقهاء منهم من يرى ترك إعمالها مع بقاء الشهود وحيازتهم وإعمالها عند فقدهم وعدم السبيل عند استفسارهم، قال: وإذا كانوا حضورا فلم يزيدوا شيئاً ولا فسروا فلا يجب إعمال شهادتهم ،ووافقه على ذلك ابن العطار؛ ذكر ذلك ابن سهل، وقال ابن رشد: لابد من شهادة الشهود بالملك على البت، وأما الزيادة على ذلك أنهم لا يعلمون باع ولا وهب فهو من كمال الشهادة، ومما ينبغي أن يوقف عليه، ويسئل عنه فإن أبى أن يزيده في شهادته بطلت ولم يصح الحكم بها، وإن قضى القاضي عل توقيف الشهود على ذلك

وسؤالهم عنهم حتى ماتوا أو غابوا حكم بشهادتهم مع يمين الطالب إذ لا يصح للشاهد أن يشهد بمعرفة الملك إلا مع أن يغلب الشهادة على ظنه أنه لم يبع ولا فوت فهي محمولة على الصحة، وإذا قال في إثبات الملك للمورث: على أن توفي من ورثته المحيطون بميراثه وهم فلان وفلان أو إلى أن توفي وأحاط بميراثه فلان وفلان، وأحاط في وراثة ما يخلف فلان وفلان، فذلك سواء، ومن تمام العقد توصل ملك إلى الورثة إلى حين شهادتهم بأن يقولوا لا يعلمون ملك أحد من الورثة زال عن ذلك إلى حين شهادتهم ؛ ذكر ذلك ابن رشد في «نوازله» فإن لم يعلم شهود الملك الورثة فيكتب في العقد:

ويعلمون مالا لفلان إلى أن مات فقط أو إلى أن مات وورثه من وجب له ميراثه، ولا يقال: و أورث ذلك ورثته المذكورين في غير هذا فإنه تناقض ؛قاله ابن عتاب وابن مالك، قالا: وهي شهادة تامة عاملة موجبة للحكم ويشهد بالورثة آخرون ؛ ذكر ذلك ابن سهل، وإذا ثبت العقد فإن اتفق الخصمان على حدود الملك المتنازع فيه ولم يختلفا في ذلك لم يحتج إلى الحيازة، وإن اختلفا في حدين منها فأكثر فلابد من الحيازة يتوجه الشهود المقبلون في العقد مع شهيدين مقبولين بوجههما القاضي معه المشهود فيه، ويكتب في ذلك ما نصه:

حضر بإذن القاضي فلان من يضع اسمه عقب تاريخه حيازة فلان وفلان وفلان من شهود الرسم بكذا للموضع المحدود فيه، وتطوفوا معهم عليه، وقالوا عند حيازتهم لذلك وتعيينهم إياه: هذا الذي حزناه عليكم وعيناه لكم هو الذي شهدنا فيه عند القاضي المذكور والشهادة المقيدة عنا فيه ومن حضر الحيازة عن الإذن، واستوعب مقالة الحائزين وعرفهم قيد على ذلك شهادته في كذا، قال

في «المجموعة»: ولا تعمل الحيازة حتى يقول الشهود بمحضر الحائزين هذا الذي حزناه وعيناه لكم هو الذي شهدنا فيه عند قاضي موضع كذا، فإن لم يقولوا ذلك كان جهلا منهم ومن الموجهين إلى الحيازة، ولا تتم الحيازة حتى يقولوا ذلك، فإذا ثبتت الحيازة أعذر إلى الذي الملك بيده في شهود الأصل، قال بعضهم: وفي شهود الحيازة، وقال ابن رشد لا إعذار في شهود الحيازة لأنهما نائبان عن القاضي، وإن وجه شاهدا واحدا لذلك أجزأ والاثنان أولى، ولا يمين على مستحق الأصل إلا أن يدعي عليه خصمه ما يوجبها، وقيل: لا بد من اليمين كالعروض والحيوان فإن ادعى مدفعا أجله. **ويكتب في ذلك عقد:**

أعذر إلى فلان وهو الذي بيده الموضع المذكور بكذا فيما ثبت في رسم الاسترعاء بكذا فيما وجب أن يعذر فيه، فادعى أن له في ذلك مقالا ومدفعا وتأجل عن إذن من وجب في حل الرسم المذكور والتماس منافعه فيه أجلا من كذا، وبعد أن أخذ نسخته وعرف شهوده وأشهد بذلك في كذا، ويلزم القائم بالعقد أن يعين له الشهود ويعرفه بهم إن لم يعرفهم، ويكون ذلك بعد اعتقال الملك المشهود فيه، فإن كانت دار فالقفل عليها، وإن كان أرضا فبالمنع من حرثها، فإن كانت في الملك غلة فإنه يحكم بها للقائم يوم الحكم له بالأصل، وقيل: يوم توقيفه، فإن كانت أرضا في مزدرعة فإن كان إبان الزراعة باقيا فالكراء للمستحق منه إن كانت قد طابت، وقيل: إن كانت قد يبست، وقيل: إن كان قطعها، وإن لم تكن قد طابت فهي للمستحق باتفاق ويرجع عليه بما سقى وعالج إلا أن يكون اشتراها بعد الإبان فإن الثمرة تكون للمستحق عند ابن القاسم مطلقا، وقال أشهب: هي له ما لم تجذ، وتكلم ابن رشد على هذه

المسألة فقال: اختلف في الحد الذي يدخل فيه الشيء المستحق في ضمان المستحق، وتكون الغلة له، ويجب التوقيف به على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يدخل في ضمانه، ولا تجب الغلة له حتى يقضي له به، وهو قول ابن القاسم في «سماع عيسى»، والذي يأتي على قول مالك -رضي الله تعالى عنه- في «المدونة»، وعلى قول سحنون في «نوازله»، وعلى هذا القول لا يجب توقيف الأصل المستحق توقيفاً ويحال بينه وبينه ولا توقيف غلته، وعلى قول ابن القاسم في «المدونة» أن الرباع لا توقف مثل ما يحول ويزول، وإنما يمنع من الإحداث فيها، والثاني: أنها تدخل في ضمانه وتكون له الغلة، ويجب توقيفه وقفا يحال بينه وبينه إذا ثبت له بشهادة شهيدين، وهو قول مالك في «سماع ابن القاسم»، وظاهر قوله في موطنه وقول غير ابن القاسم في «المدونة»، والثالث: أنه يدخل في ضمانه وتجب له الغلة والتوقيف بشهادة شاهد واحد، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم في رسم العارية من سماعه من كتاب الدعوى والصلح، قال: والنفقة أيضاً القياس فيها أن تجرى على هذا الاختلاف فعلى القول الأول لا يجب للمقضي عليه الرجوع بشيء من النفقة على المقضي له لأنه إنما أنفق على ما ضمانه منه وغلته له، وعلى القول الثاني يجب له الرجوع عليه بما أنفق بعد ثبوت الحق بشاهدين لوجوب الضمان عليه وكون الغلة له من حينئذ، وعلى القول الثالث يجب له الرجوع عليه بما أنفق منذ وقف بشهادة الشاهد الواحد لوجوب الضمان عليه وكون الغلة له من حينئذ، وقد فرق في رواية عيسى عن ابن القاسم بين النفقة والضمان والغلة، فقال: إن النفقة ممن تصير إليه، والغلة للذي هي في يديه لأن الضمان منه، وكذلك ظاهر «المدونة» التفرقة،

والصواب أن لا فرق بينهما وأن يكونا جميعاً تابعين للضمان إما من يوم وجوب التوقيف بشاهد واحد أو بشاهدين أو يوم الحكم والقضاء، فإن ذهب الذي بيده الملك إلى إثبات اعتماره له فيكتب في ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمونه يعتمر الملك المحدود بكذا ويستغله ويتصرف فيه تصرف ذي الملك في ملكه منذ أزيد من عشرة أعوام تقدمت التاريخ حتى الآن وفلان القائم عليه الآن فيه المعروف عندهم حاضر عالم بذلك ساكت لا يغير عليه ولا يتعرضه ولا ينازعه في ذلك بطول المدة المذكورة تارك للقيام عليه من غير عذر يعلمونه له في ذلك إلى أن اتصل بهم أنه قام عليه فيه منذ كذا يتحققون ذلك، ولا يشكون فيه، ويجوزون الموضع متى دعوا على ذلك، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، فإذا ثبت هذا جاز الشهود كما تقدم.

بيان: إذا ثبت هذا العقد في الاعتمار، ولم يكن عند القائم فيه مدفع فإنه يبطل له ما ثبت له من عقد الملك، ويبقى الموضع للذي كان بيده. ويحكم له به وإن لم يدع فيه بيعاً ولا غيره بعد أن يحلف أنه لا يعلم للقائم المذكور فيه حقاً، ولا يكلف بأن يقال بأي شيء صار ذلك له، قال في «المجموعة»: فإن ادعى أنه ابتاعها من الذي ثبت له الملك حلف على ذلك وكانت له، وإن قال إنه وهبها له أو تصدق بها عليه كلف إثبات ذلك ولم ينتفع بما ثبت له من الاعتمار، وعلى القائم اليمين، وفي «كتاب الاستغناء»: قال المشاور: ويكون عليه في دعوى البيع أن يبين أنه دفع الثمن وإلا فيحلف القائم أنه ما دفع له ثمناً عنه ويرجع عليه بالثمن إن كان ما يدعيه من الثمن يشبه ثمن ذلك، وإلا فتلزمه القيمة ولا يسقط الثمن عنه إلا إلى الأمد الذي لا يتبايع الناس إلى مثله؛ قال:

وهو قول شيوخنا في ذلك، وفي «مسائل ابن الحاج»: سئل في رجل قال لرجل بأى شيء تسكن دارى؟ فقال: اشتريتها من وكيلك، واستظهر بعقد يتضمن سكناه لها واعتماره فأجاب إقراره بالابتياع من وكيله إقرار منه له بالملك، ولا ينتفع بما استظهر به من عقد الحيازة، وإنما ينتفع بالبينة العادلة بالابتياع له من وكيله أو منه، وإنما تنفع الحيازة فيما جهل أصله ودخول الساكن فيها من أين هو وقال فيها أيضاً: إذا قام الرجل بعقد ابتياع من المقوم عليه أو من أبيه قبله وتاريخ الابتياع قبل القيام بعشرين عاماً في أملاك بيد رجل وتصيرت إليه من والده فقال المقوم عليه: لي عشرون سنة أتملك هذه الأملاك وأنت حاضر ولم تقم، فقال لم أجد وثيقة ابتياع إلا الآن، قالوا: هب أن ليس هذا من باب الحيازة فيسقط حق القائم بذلك، ولكن يحلف القائم بالله الذي لا إله إلا هو ما تركت القيام في الأملاك تسليماً مني لها ولا رضاً بترك حقي فيها إلا لأني لم أعلم بالعقد ولم أجده ويأخذها من يده، وكذلك لو كان أبو القائم الذى اشتراها من المقوم عليه فيحلف القائم ما علمت بشراء أبي لها إلا وقت قيامى بعقدى ثم يأخذها، ولو قال القائم: إني اشتريتها ثم اعتمرتك إياها أو اكتريتها منك أو أرفقتك بها؛ ولذلك لم أقم بها لكان أبين فى أن يحلف إذا استظهر بوثيقة الشراء ويأخذها ولو قال المقوم عليه أقلتك فيها بعد أن بعتها منك كان القول قوله مع يمينه وتبقى بيده الأملاك، فإن أثبت القائم أن دخول المعتمر في الأملاك وابتداء نزوله فيها كان على وجه الكراء أو الإسكان والعارية أو على وجه الغصب فلا يكون للمعتمر به حجة ويبطل، وإن كان القائمون ورثة فلا يسقط قيامهم إلا أن يثبت الاعتمار بحضرة موروثهم أو يثبت أنهم علموا بذلك

وسكنوا المدة المذكورة، وحال الورثة محمول على الجهل حتى يثبت أنهم علموا، وكذلك إن أثبت الطالب أنه لم يزل يخاصم فيها ويطالب ليس أن يخاصم يوماً أو يومين ويترك نفعه ذلك وإلا لم ينفعه؛ قاله سحنون، وفى «كتاب الاستغناء»: إذا لم يزل متردداً عليه بالقيام في الأشهر والأعوام فله القيام بحجته، وكـــذلك الغائب قال سحنون: لا حيازة عليه فى شيء من الأشياء، قال ابن حبيب: وهو على حقه إذا لم يعلم حتى يقوم طالت الغيبة أو قربت، وهو على حقـــه إن لم يعلم حتى تقوم البينة أنه علم، وفى «كتاب الاستغناء»: روى عيسى أنه إذا كان غائباً على نحو الثلاثة الأيام وحيز عليه أرضه بالهدم والبنيان ثم قدم كان أولى به وإن لم يظهر عذره ورب أعذار لا تعرف، ولم يستحق عليه بطـــول العمـــارة لمغيبه، قال عيسى: وسواء بلغه ذلك في مغيبه أو لم يبلغه له القيـــام ولا يقطـــع ذلك حقه قال: وبذلك قال ابن القاسم إذا علم ذلك في مغيبه فلـــم يقـــدم ولم يوكل ولم يكن له عذر حتى حيز عليه ذلك الزمن الطويل فلا حق له فيها، قال: والأول قوله، وهو أحسن قال المشاور: وبه العمل، قال عيسى: فإن قـــدم رب الموضع فعلم ذلك ثم رجع وتركه ثم قام بعد ذلك بزمان فهو كالحاضر، وأما إن لم يقدم فهو له حتى يقيم الداخل في الأرض البينة على الابتياع أو الصدقة، قال بعض المفتين: إنما يقوم الغائب إذا اتصلت غيبته ولم يأت منها إلى وقت قيامـــه وأما من سافر وبقى في سفره عاماً أو عامين فعل ذلك مراراً ثم قام فلا قيام له، وكذلك المغيبون في خدمة السلطان يغيبون فى ذلك الشهر والشهرين فلا قيـــام لهم، والاعتمار على قسمين بين الأجنبيين وبين القرابات، فأما الاعتمـــار بـــين الأجنبيين فلم يحد مالك فى ذلك حداً، وفي «العتبية» من سماع يحيى: أنه حد فيه

عشرة أعوام، ومثله لربيعة فى «المدونة»، وفي «الواضحة» لابن القاسم أن التسعة الأعوام والثمانية الأعوام فى ذلك كالعشرة وحكمها واحد فى الاعتمار بين الأجنبيين والثمانية الأعوام هى رواية يحى عن ابن القاسم، وأما الاعتمار بين القرابات فهو على ثلاثة أقسام أحدها:

أن يكون بالسكنى وازدراع الأرض ونحو ذلك فلا يحكم به حتى يزيد على الأربعين عاماً، والثانى: أن يكون بالهدم والبنيان والغرس وعقد الكراء ونحو ذلك فيكون الحكم في ذلك حكم الأجنبيين والحيازة فى ذلك العشرة الأعوام ونحوها؛ قال ابن القاسم فى رواية يحيى: وروى عنه أيضاً أن الحكم فى ذلك واحد ولابد أن يجوز ذلك أزيد من أربعين عاماً، والقسم الثالث: ما جازه بالبيع والعتق والكتابة والتدبير فلم يختلف في ذلك أنهم كالأجنبيين، وقيل: إنما يفرق بين الأجنبيين والقرابات في البلاد التي يعرف من أهلها أنهم يتوسعون بذلك لقراباتهم ومواليهم وإن كانوا بموضع لا يعرف هذا فيه فهم كالأجنبيين سواء، واختلف في الأصهار والموالي، فقيل: إنهم بمنزلة القرابات، وقيل: إنهم بمنزلة الأجنبيين، قال ابن رشد: الحيازة تكون بثلاثة أشياء بالبيع والهبة والعتق ووطء الإماء ونحو ذلك. الثانى: الزرع والاستغلال والسكنى، الثالث: الغرس والبناء والإحياء وأهل الحيازة أربعة أصناف:

الأول: الأب والابن فيما بينهما، الثانى: القرابات الورثة وغيرهم، الثالث: الأصهار والموالى الرابع: الأجنبيّون.

وكل صنف منهم شركاء وغير شركاء، فأما الحيازة بالبيع والهبة والعتق ونحو ذلك فلا اختلاف فى أنها معتبرة من أي صنف كان من أهل الحيازة والحكم فى ذلك واحد، فإن باع ذلك بمحضر المحوز عليه ولم يتكلم حتى انقضى المجلس فليس له إلا الثمن إن قام على قرب، وإن سكت حتى مضى العام ونحوه فلا يكون له حق فى ثمن ولا مثمون، ويستحق ذلك البائع بالحيازة مع يمينه إذا انفرد بذلك الوجه الذي نذكره، وإن كان غائباً فإن قام بذلك قبل العام فهو على حقه وإن لم يقم إلا بعد العام وحوله كان له الثمن، وإن لم يقم حتى مضت مدة الحيازة لم يكن له شيء واستحق ذلك البائع بما ادعاه، وإن حدث ذلك بالصدقة والعتق ونحو ذلك والآخر حاضر ساكت لم يكن له منه شيء، وإن كان غائباً فقام حين علم فهو على حقه، وإن قام بعد العام ونحوه لم يكن له شيء، وكان القول قول الحائز، وأما الحيازة بالعمرى والاستغلال فتختلف فأما الأب والابن فلا اختلاف فى أنه لا يكون الزرع والسكنى بينهما حيازة واختلف فى الحيازة بينهما بالغرس والبناء على قولين: أحدهما: أنها لا تكون حيازة إن ادعاه ملكاً لنفسه فى الحيازة أو بعد الوفاة إلا أن يطول الأمد جداً إلى ما تهلك فيه البينات وينقطع فيه العلم، هو قول مالك -رضي الله تعالى عنه- فى رواية ابن القاسم، والمشهور فى المذهب، والثاني: أنها تكون حيازة وهو قول ابن دينار فى «كتاب الجدار» ومطرف فى «الواضحة»، وسواء كانوا شركاء أو غير شركاء الحكم فى ذلك واحد، وأما القرابة فلا اختلاف فى أن الحيازة لا تكون بينهم بالزرع والسكنى إلا ما تأوله بعض الناس على «المدونة»، وهو بعيد، واختلف فى حيازة الشركاء بالميراث بعضهم على بعض بالهدم والبناء فمرة قال: إن العشرة الأعوام

في ذلك حيازة، ومرة قال: إنما لا تكون حيازة إلا أن يطول الأمد جداً أزيد من أربعين سنة كحيازة الأب على ابنه والابن على أبيه، قال: ويتحصل فى القرابة ثلاثة أقوال:

أحدها: أن العشرة الأعوام بالهدم والبناء حيازة فى الاشتراك منهم وغيرهم، والثانى: أنها ليست بحيازة فيهما إلا مع طول المدة، والثالث: الفرق بين الاشتراك منهم وغيرهم فتكون حيازة بين غير الشركاء ولا تكون حيازة بين الشركاء، قال: ويتحصل فى الموالى والأصهار ثلاثة أقوال:

أحدها: أن الحيازة تكون بينهم فى العشرة أعوام وإلا مع الهدم والبنيان، والثالث: أنه لا تكون الحيازة بينهم إلا أن يطول الزمان جداً، هذا فيما بينهم فيه شركة، وأما فيما لا شركة فيه بينهم فمرة جعلهم ابن القاسم كالأجنبيين تكون الحيازة بينهم بالعشرة الأعوام دون هدم ولا بنيان، ومرة جعلهم مثل القرابة الذين لا شركة بينهم، واما الأجنبيون فيما لا شركة فيه بينهم، فإن الحيازة تكون بينهم بالعشرة الأعوام بأى وجه كانت من وجوه الاعتمار، وإن لم يكن هدم ولا بنيان على المشهور فى المذهب، وقيل: لا تكون حيازة إلا مع الهدم والبنيان، وهو قول ابن القاسم فى «كتاب الجدار» وغيره، ولا اختلاف أنها إذا كانت بالهدم والبناء أنها حيازة، وأما فيما بينهم فيه شركة فلا تكون العشرة الأعوام حيازة إلا مع الهدم والبنيان وإلا فلا، ولا فرق فى مدة حيازة الوارث على الورثة بين الرباع والأصول والثياب والحيوان والعروض، وإنما يفترق ذلك فى حيازة الأجنبى فلا يبلغ فى شيء من ذلك كله بين الأجنبيين العشرة الأعوام كما يصنع فى الأصول، قال أصبغ ومطرف: وما حازه الشريك أو الوارث عمن

ورث معه فى العروض والعبيد بالإخدام واللبس والامتهان منفرداً أنه على وجه الملك له، فالقضاء فيه أن الحيازة فى ذلك عاملة والعشرة الأعوام على قدر احتهاد الحاكم عند نزول ذلك، قال أصبغ: وأما الأجنبى فالحيازة عليه فى الثياب إذا كان حاضراً عالماً بذلك العام والعامين، وفى الدابة العامان أو الثلاثة بالركوب والاستعمال لها بوجه الملك، والأمة مثل ذلك إلا أن يطأها بعلم المدعي فلم يعترض فلا كلام له بعد وإن لم يكن طول حيازة، قال: والعبيد والعروض فوق ذلك يسير.

وفى «كتاب الجدار» قال عيسى: ما حازه الوارث على سائر الورثة والشريك على إشراكه بالهدم والبناء والغرس والإحياء وما أشبه ذلك مما لا يحدثه الرجل إلا فى خاصة ماله فهم فى ذلك بمنزلة الأجنبيين سواء إذا مضى لذلك عشر سنين وهو فى يد حائزه يلى ذلك بحضرة أشراكه[1] ولا يغيرون عليه ولا ينكرون، فهو أحق به إذا ادعى ذلك لنفسه بأمر لا يرد إظهاره، ولم يدعه ملكاً لحيازته إياه فقط، قال: وإن كان إنما حز بعضها وكان الذي حاز مثل سهمه فهو له بسهمه، وليس له مما بقى شيء إذا ادعى إشراكه أنهم إنما تركوه يعمر هذه العمارة ليكون سهمه فيه وسهامهم فيما بقى وحلفوا على ذلك، فإن كان دعواه فى الذى عمر أنه له دونهم كان ذلك له، وكان حقهم فيما بقى، وإن كان أقل من سهمه كان له وأتم سهمه فيما بقى،وإن كان أكثر فهو له مقدار سهمه بسهمه والباقي بالحيازة، قال أصبغ: إلا أن تعلم البينة دخولهم فيما عمروه وأقروا بذلك فلا يستحقونه إلا بالبينة على الابتياع أو الهبة أو غير ذلك،

---

(1) الأشراك: جمع شريك، وكذلك شركاء.

وإلا فهو بينهم على مواريثهم. وسئل ابن رشد في رجل توفى وترك ابنا وابنتين وملكا وعاشت البنتان مدة طويلة إلى أن تزوجتا وولدتا أولاداً ثم ماتتا وتركتا أولاداً وأزواجاً فعاش الأزواج مدة طويلة و لم يعرف لهما طلب فى الملك الذى تركه المبيت الأول، فقام الآن أولاد البنتين يطلبون نصيب أمهم فى الملك المذكور، وعاش أخو البنتين بعد موهما مدة من خمسة وعشرين عاماً يهدم ويبنى ويغرس بعلم الأزواج وبنى الأختين و لم يعترضا فى ذلك الملك، فقال: إذا كان الابن قد حاز الملك المدة التى ذكرت بالهدم والبنيان والغرس وبنو الأختين وأزواجهما حضور لا يغيرون ولا ينكرون ولا يعترضون، وادعى أنه صار له بمقاسمة أو شراء، وانفرد به دونهم، فالقول قوله فى ذلك مع يمينه، وإن أقام الذى بيده الملك بينة تشهد له بالسماع الفاشى أن أباه ابتاع الملك من القائم أو ممن يدعى القائم أنها صارت إليه بشبهة، نفعه ذلك إن كان للابتياع مدة طويلة كالستين سنة، وجوز ابن القطان ذلك فى ثلاثين سنة، ذكره ابن سهل، وقيل: يجوز فى العشرين سنة، وأما إن لم يسموا ممن كان الابتياع أو كان فى مدة أقل من ذلك فلا يجوز ولا يقوم بشهادة السماع إلا الذى الملك فى يده ولا يجوز لغيره لأن شهادة السماع لا يستخرج بها من يد حائز شيئاً تحت يده إلا أن تكون اليد كاليد مثل أن يكون غاصباً أو ذا سلطان غير مقسط وثبت أنه مال القائم أو ورثه على السماع أو ثبت أيضاً أنه تصير إلى الذي تملكه من الوجه المذكور يستخرج من تحت يده ما يدعيه عليه من الأملاك، ويستحق ذلك بشهادة السماع، ويحكم بذلك، ذكر ذلك ابن الحاج فى «مسائله»، قال: وهذه مسألة ابن هرمز مع ابن الرماك أثبت ابن هرمز أن المال الذى بيد ابن الرماك

ماله على السماع، وأنه كان بيد ابن عباد وتصير إلى ابن الرماك من قبله فأخذه ابن هرمز واستحقه بذلك، وأما غير الأصول من الرقيق والـــدواب والعـــروض وغيرها **فيكتب فى استحقاقها**: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمون له مالاً وملكاً جارية صفتها كذا أو فرساً أو ثوباً صفته كذا لا يعلمون له فى ذلك بيعـــاً ولا تفويتاً ولا أنه خرج عن ملكه بوجه حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم على عين الثوب أو الفرس أو الجارية فى كذا، فإذا ثبت هذا فلابد من اليمين **ونصه**: بالله الذى لا إله إلا هو ما بعت الفرس أو الثوب أو الجارية المشهود لى به فيـــه ولا فوته ولا خرج عن ملكى بوجه من وجوه الفوت حتى الآن، ومن حـــضر اليمين المنصوصة عن الإذن واستوعبها من الحالف وعرفه قيد على ذلك شهادته فى كذا، وكانت يمينه على عين الفرس أو الجارية وهو يشير إليها فى يمينه، وفى التاريخ.

بيان: اليمين فى هذا واجبة على المشهور، والمعمول به بخلاف الأصول فإنه لا يمين فيها إلا على قول سحنون، وحكى ابن سهل عن ابن كنانة أنه لا يمين على مستحق العروض والحيوان إلا أن يدعى الخصم ما يوجبها، وتكون اليمين على النص المذكور أنه ما باع ولا وهب، وكان محمد بن فرج يحلفه أنه ماله وملكه، وأنه ما باع ولا وهـب، قال ابن سهل: وما تقدم هو نص «المدونة»، ولا يحتاج إلى ما ذكره محمد بن فرج، فإن ثبت ذلك لمن باعه من مـــستحقه، فلابـــد أن يحلف الذي ثبت له ومن بعده، فإذا حلفوا يمين القضاء فحينئـــذ يحكـــم بـــه لمستحقه، ذكر ذلك ابن سهل أيضاً، وفى «المجموعة»: إذا كانت الجارية غائبـــة فالشهادة فيها على النعت والاسم جائزة، فإن وجدت جوارٍ كثيرة على تلـــك

الصفة كلف الحاكم المستحق أن يثبت عنده أنها واحدة منهن، فإن لم يوجد سواها لم يكلف شيئاً من ذلك، وفى «مسائل ابن الحاج»: سئل فى الشهادة على الصفة، فقال: وقفت على الكتابين فى المملوكة السوداء الموصوفة بهما، والذى يظهر لى أن الشهادة على الصفة فيها عاملة والحكم له بها واجب بعد أن ينظر، وسئل هل فى البلد مملوكة توصف بهذه الصفة، فإن لم توجد قضيت له بها وأسلمتها إليه بعد أن يحلف، وسئل فى رجل ابتاع كتاباً من كتب العلم ثم جاء رجل آخر فادعاه وأتى بكتاب كذلك وقد وصف فيه الكتاب، فقال: لا يتوجه الحكم لمستحق الشيء إلا بعد شهادة العدول على عينه والإعذار إلى الذى هو بيده، ولا يصح الحكم دون تعيين المشهود فيه عند الحاكم، فإذا ثبت الاسترعاء واليمين أعذر إلى الذى ألفى ذلك بيده، فإن ادعى مدفعاً أجله ثم لا رجوع له بعد ذلك إن لم يقدر على حل ذلك على من باع منه لأنه قد أكذب ما ثبت، وإن لم يدع مدفعاً وذهب إلى الرجوع على من باعه منه.

فيكتب فى ذلك ما نصه: أعذر إلى فلان وهو الذي ألفى بيده الفرس أو الجارية أو الثوب الثابت فى رسم كذا فيما ثبت من ذلك بما وجب أن يعذر فيه، فقال: إنه لا مدفع له فى ذلك ولا مقال إلا الرجوع على من باع منه، وأشهد بذلك فى كذا، فإذا ثبت ذلك قوم المستحق ووضعت قيمته على يد أمين وأحل فى ذلك ودفع له المستحق ليرجع به، وذلك إن كان الذي باع ببلد آخر، وإن كان حاضراً فلا يحتاج إلى ذلك ورجع عليه فى الحال، وإن كان المستحق جارية فلا تدفع له حتى يثبت أنه مأمون عليها، وإلا دفعت إلى أمين ثقة مأمون يتوجه بها معه يستأجره هو بذلك، وإلا لم تدفع إليه بوجه، وكذلك نفقتها فى

ذهابها ورجوعها وأجرة حملها هي على الذى يذهب بها، ويؤجل فى ذلك أجلاً بقدر بعد الموضع وقربه وما يراه الحاكم فإن رجع بذلك عند انقضاء الأجل وإلا قبض المحكوم له القيمة، فإن جاء بها وقد نقصت فى بدنها أو غير ذلك كان الذى ثبت له بالخيار إن شاء أخذها أو تركها له وأخذ القيمة، وإن زادت فله أخذها أيضاً، وله أيضاً أن يأخذ أعلى قيمتها، فإذا قومت فى بلد بأربعين وفى آخر بخمسين فللمستحق أن يأخذ الخمسين والنماء فى القيمة له، وكذلك إن ماتت فمصيبتها من الذى توجه بها، وللمحكوم له أخذ القيمة، وإن تلفت القيمة والشيء المستحق فمصيبة كل منهما من صاحبها، وفى «سماع عيسى»: إن ضاعت القيمة وهلكت الدابة فمصيبة الدابة من الذى خرج بها ومصيبة الدنانير من الذى وضعت له وهو مستحق الدابة، وإن جاء بها وقد تلفت القيمة فله أخذ دابته ومصيبة القيمة من صاحبها، ومن ادعى فى عبد أو دابة بيد آخر الملك وسأل توقيفها إلى أن يأتى ببينة فإن ادعى أنه يقيم ذلك فيما قرب من يومه وشبهه وقف له وإلا فلا، وقال سحنون عن ابن القاسم: إن ادعى شهوداً حضوراً رأيت أن يوقف له فيما بينه وبين الجمعة ونفقته فى التوقيف على الذي يقضي له به، فإن قال: إن بينته ببلد آخر وذهب إلى أن يضع القيمة ويعطى ليذهب به، فإن قام له سبب مثل الشاهد الواحد أو شهد له بالسماع أنه متاعه أو أبق له وضع قيمته ودفع إليه ليذهب وإلا فلا، ومن استحق دابة أو عبداً أو غير ذلك من المغنم أخذه قبل القسمة بلا ثمن وبعد القسمة بالثمن الذى اشترى به وصاحبه أحق به، وكذلك ما أخذ بأيدي اللصوص فله أخذه بلا ثمن، فإن فدى منهم فعليه أداء ما فدى به وكذلك إن اشتراه أحد فى دار الحرب

وخرج به، فإن صاحبه يؤدى إليه الثمن الذى اشتراه به باتفاق، فإن قـدم بـه مستأمنون فباعوه فى أرض الإسلام فإن البيع ماضٍ ولا شيء لصاحب المستحق لها، وكذلك إن وهبوه لأحد على المشهور، وفى «مسائل ابن الحاج»: اعتـرف رجل دابة فى يد نصرانى قدم فى الرفقة فى الهدنة، وأثبتها القائم بها فحكم له بها ثم رفع الأمر إلى ابن رشد، فرأى أن الحكم خطأ، وظهر لى ما ظهر له مـن أن النصرانى أحق بها لأنها ملك حادث له؛ ولأنه صلحى قدم بمال فى يده، وإن كان للمسلمين فليس لأحد أن يأخذه منه لأنه على ذلك أعطى الجزية، قال: ونزلت عند ابن رشد رجل اشترى رمكة بطليطلة فاعترفها رجل من قرطبة، وكان هذا المسلم قد جاء بها مع النصارى الذين جاؤا للتجارة فى حال الصلح فاستفتانى فيها، فقلت: يثبت أنها أخذت فى الصلح، فإن أثبت ذلك أخذها، وإن لم يثبته لم يأخذها، وقال فى رجل أسر ثم هرب فى الليل برمكة ساقها وباعها ثم جـاء صاحبها الذى أخذها العدو له وأثبتها، فالواجب أن يأخذها من المبتاع بعد أن يدفع إليه الثمن الذى دفعه فيها ويرجع به هو على الأسير الذي باعها لأن هذا الأسير لم يملك الرمكة، ويأتى هذا أيضاً على قول ابن القاسم فى «المدونـة» أن البيع يمضى، وعلى قول ابن نافع أن البيع ينتقض، والقولان فى «المدونـة»، وإذا استحق بعض المشترى أو المصالح به، قال بعض المتأخرين: فإن كان مثليا وهو المكيل والموزون واستحق قليلة لزم باقيه لأن القليل لا يخـل بمقصود العقـد والأصل لزومه، وإن استحق الكثير خير المشترى بين حبس الباقى بحصته مـن الثمن لأنه حقه فى العقد، وبين رده لذهاب المقصود منه وهو جل المنفعة، وإن كان متقوماً فإن استحق القليل رجع بحصته من الثمن لبقاء أصل المعقود عليه،

وإن استحق وجه الصفقة انتقضت كلها ورد باقيها لفوات مقصود العقد، قال: ويحرم التمسك بما بقي لحصته من الثمن لأن حصته لا تعرف فهو بيع بثمن مجهول، وهذا فى استحقاق المعين والعيب كذلك، وأما الجزء الشائع إذا استحق مما لا ينقسم فيخير فى التمسك بالباقى بحصته من الثمن لأن حصته معلومة بغير تقويم فاستصحب العقد بحسب الإمكان.

الغصب: والغصب هو أخذ المال قهراً من غير حرابة.

ويكتب فى إثباته: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمون له مالاً وملكاً جميع الدار بكذا حدودها كذا لا يعلمون له فيها بيعاً ولا تفويتاً، ولا أنها خرجت عن ملكه بوجه حتى الآن، وأن فلاناً استطال عليه بجاهه واستولى عليها منذ هذا على وجه الغصب والاعتداء من غير حق يعلمونه له فيها بوجه وهي بيده حتى الآن، ومن علم ذلك على حسبه وتحققه ويعرف من ذكر ويحوز الملك المذكور قيد على ذلك شهادته في كذا.

بيان: كان ابن حمدين لا يوجب اليمين على مستحق شيء من يد غاصب كان عرضاً أو حيواناً أو غير ذلك، فعلى مذهبه لا يحتاج إلى كتب اليمين فى هذا الاستحقاق من يد غاصب، والمغصوبات على قسمين: أعيان، ومنافع.

فأما الأعيان فيجب ردها متى وجدت بحالها باتفاق، وإن تلفت فإما أن تكون من ذوات الأمثال أو من ذوات القيم، فإن كانت من ذوات الأمثال وهي المكيل والموزون والمعدود فيجب رد مثله، فإن لم يوجد المثل فعلى صاحبه أن يصبر حتى يوجد، وقال أشهب: هو مخير بين أن يصبر أو يأخذ القيمة الآن، وإن كان

من ذوات القيم وهي الرقيق والحيوان وسائر العروض فإنه يغرم القيمة يوم الغصب، وقيل: الأكثر من يوم غصبه إلى يوم تلفه، وسواء كان تلف ذلك بأمر سماوى أو غيره فعليه الغرم، واختلف فى الحلى، فقيل: إنه من ذوات القيم وعليه قيمته، وقيل: مثله، وكذلك فإن أتلفه أجنبى خير بين إتباع الغاصب بما عليه أو أخذ القيمة من الجانى يوم الجناية، وكذلك من أكره رجلاً على أن يخرج له متاعاً من دار إلى آخر فأخرجه له، فإن صاحبه مخير بين اتباع الآمر أو المأمور، قال ابن رشد: لأن الإكراه على الأفعال التى يتعلق بها حق المخلوق كالقتل والضرب لا يصح، وإنما يصح فيما لا يتعلق به حق المخلوق من الأقوال باتفاق، ومن الأفعال باختلاف، فإن وجده فى غير موضعه، فإن كان من ذوات الأمثال فليس له إلا أخذ مثله فى مكان الغصب، وقال أشهب: يخير بين ذلك أو أخذه إن شاء، وفرق أصبغ بين القريب والبعيد، فقال فى البعيد بقول ابن القاسم، وفى القريب بقول أشهب، وإن كان من ذوات القيم ففيه ثلاثة أقوال: أحدها أن له أخذه، الثاني: قيمته بموضعه، الثالث: أنه إن كان حيواناً فله أخذه، وإن كان غير حيوان فهو مخير بين أخذه أو أخذ قيمته بموضعه، وإن كان قد أعطى فى السلعة ثمناً فلصاحبها أن يأخذ الأكثر من القيمة أو الثمن الذي أعطى فيها إذا كان عطاء قد توطأ عليه الناس، قاله مالك ويحيى بن دينار، وقال سحنون: لا يضمن إلا القيمة خاصة، وأما المنافع فإن استغل أو استعمل فهو ضامن على المشهور وعليه الغرم، وقيل: إلا في العبيد والحيوان فلا شيء عليه، وقيل: لا شيء عليه مطلقاً وإن لم يستغل ولا استعمل كالدار ويغلقها، والأرض يبورها، والدابة يعقلها والعبد لا يستخدمه، فلا شيء عليه عند ابن القاسم، وقال غيره:

هو ضامن لذلك وعليه الغرم، وصوب هذا القول بالغرم الشيوخ، وإن غصب ما صاد به، فإن كان عبداً فالصيد لمالكه باتفاق، وإن كان سيفاً أو شبكة فللغاصب باتفاق، والفرس مثل ذلك، وإن كان من الجوارح فعلى قولين بناء على الشبهة بهما، وحيث ألزم الغاصب الغلة، فقيل: ليس له أجرة سقى ولا علاج، ذكره فى «المجموعة»، وقيل: له أجرة سقى الأرض وعلاجها ونفقة العبد والدابة ونحو ذلك من المؤمن التى لابد منها يحاص بها من الغلة، فإن زاد ذلك علىالغلة فلا شيء له، وإن نقص أدى الباقى، وإذا تغير المغصوب بزيادة أدى صاحبه قيمتها، فإذا غصب داراً خراباً أو مركباً خراباً فأصلحه فاغتل، فقال أشهب: ما زاد فللغاصب، وقال محمد بن عبد الحكم: الجميع للمالك، وللغاصب قيمة البناء، وما بنى الغاصب فله قيمة بنائه مقلوعاً، وذلك فيما له قيمة بعد القلع كالصخر والخشب دون الجص الذى لا ينتفع به بعد القلع وعمل اليد وشبه ذلك، وما هدم فعليه غرمه، فإن صبغ ثوب خير صاحبه بين أخذ قيمته أو أخذه وأداء قيمة الصبغ، وقال أشهب: لا شيء عليه فى الصبغ ولو طحن القمح دقيقاً غرم قيمته، وقال أشهب: إن شاء أخذه دقيقاً، وإذا ضرب الطين لبناً رد مثله، وإن صنع من نقر الفضة حلياً ضمن مثلها، وقال ابن الماجشون: له أن يأخذ ما صنع منها من حلي أو دراهم بغير غرم، وإذا ذبح الشاة ضمن قيمتها، وإذا حضن البيض فعليه مثله، وقال سحنون: الفراخ للمالك وعليه أجرة الحضن، وقال أشهب: من غصب دجاجة فباضت وحضنت بيضَها فبيضُها للمالك كالولادة، وإن حضنت غير بيضها فلا حق له في الفراخ، وإذا صار العصير خلا خير فيها أو خمر أغرم مثل العصير، وإذا

حدث به عيب سماوي فليس له إلا قيمة المغصوب أو أخذه بغير شيء، وإن كان بجناية أحد خير صاحبه بين أخذه واتباعه بقيمة الجناية وأخذ القيمة من الغاصب، وإذا سافر بالدابة سفراً بعيداً ثم جاء بها بحالها فليس له إلا أخذها عند ابن القاسم بخلاف المكترى والمستعير إذا تعديا في ذلك، وإذا بيع المغصوب أو ورث فإن علم بالغصب فكالغاصب، وإن لم يعلم فلا شيء عليه من غلة ولا غيرها، وكذلك أيضاً يسقط عن الغاصب الاستغلال من حين باع على المشهور، والقول قول الغاصب فى تلف المغصوب وصفته ومبلغه فإن كان فى المغصوب ثمرة رد ما أكل منها يابسة بمكيلتها، والقول قوله فى مبلغ مكيلتها، وقال أشهب: القول قول المغصوب منه، وإن أكلها خضراء فعليه قيمتها، فإن كانت الأرض قد ازدرعها الغاصب، فإن كان أوان الزريعة أمر الغاصب بقلع زرعه بنفسه أو بمن يستأجره، ولا يكلف ذلك رب الأرض، فإن ترك ذلك الغاصب لرب الأرض عن رضاً منه فله ذلك، فإن غفل الغاصب عن تحويل الزرع حتى خرج إبان الزريعة أو كان قيامه عليه بعد الإبان كذلك، فإن الزرع للغاصب ويكون عليه كراء الأرض ولا يؤمر بتحويله وعلى الغاصب مع غرمه الأدب بقدر اجتهاد الحاكم بالسجن والضرب، ولا يسقط ذلك عنه عفو المغصوب منه، وإن كان صبياً مميزاً فإنه يؤخذ بحق الغصب من ماله ويؤدب، وكذلك ما أفسده أو كسره بخلاف ثمن ما يبيعه، ومن غصب أمة فوطئها عالماً فعليه الحد وما نقصها، فإن ولدت فالولد رقيق ولا نسب له، وإن لم يكن عالماً فالولد له، وعليه غرم قيمته يوم الحكم إن كانت باقياً، وقال المغيرة: القيمة يوم الوضع، وكان مالك يقول: لمستحقها أخذها إن شاء مع قيمة ولدها ثم رجع

فقال: قيمتها يوم استحقها ثم رجع، فقال: قيمتها وحدها يوم وطئها، قال أشهب: ثم رجع إلى القول الأول. وإن غصب حرة فوطئها فعليه مع الحد صداق مثلها إذا ثبت ذلك بالبينة على الفعل أو بإقراره، وكذلك إن شهد شاهدان أنه أدخلها منزله أو ذهب بها إلى خلوة غصباً وقهراً فغاب عليها، فقالت: أصابني، حلفت، وأخذت الصداق، ولا حد عليها، فإن نظر إليها النساء فألفينها بكراً، فقيل: لا يقبل قول النساء ولها الصداق، وقيل: يقبل، وإذا حلفت أخذ الصداق ويؤدب هو أدباً وجيعاً، فإن لم تقم بينة بذلك وأتت متعلقة به فلا حد عليه، ويؤدب إن كان متهماً أو مجهول الحال كانت تدمى أو لا تدمى، فإن كان ممن لا يليق به ذلك فلا شيء عليه من أدب ولا غيره. قال ابن رشد: إذا ادعت المرأة على الرجل أنه استكرهها فغاب عليها ووطئها ولا بينة لها على دعواها، فإن ذلك ينقسم على وجهين:

أحدهما: أن تدعي ذلك على رجل صالح لا يليق به ذلك، والثاني: أن تدعى ذلك على رجل متهم يليق به مثل ذلك، وكل واحد من الوجهين ينقسم على وجهين: أحدهما: أن تأتي مستغيثة متعلقة متشبثة به فاضحة لنفسها تدمى إن كانت بكراً، والثاني: أن تدعي ذلك عليه من غير أن تكون متشبثة به ولا تدمى وهي بكر، فيأتي فى المسألة أربعة أقسام:

فأما الوجه الأول من القسم الأول: وهو أن تدعى ذلك على رجل صالح لا يليق به ذلك وهي غير متعلقة به، فهذا لا اختلاف فى أنه لا شيء عليه، وأنها تحد له حد القذف وحد الزنا إذا ظهر بها حمل، وأما إن لم يظهر بها حمل فيتخرج وجوب حد الزنا على الخلاف فيمن أقر بوطء أمة رجل وادعى أنه

اشتراها منه أو بوطء امرأة رجل وادعى أنه قد تزوجها، فتحد على مذهب ابن القاسم إلا أن ترجع عن قولها، ولا تحد على مذهب أشهب،وهو نص قول ابن حبيب في «الواضحة»، وكذلك المجهول الحال فى هذا الوجه إن كانت هي مجهولة الحال أو لم تكن من أهل الصون.

وأما إن كانت هي من أهل الصون وكان هو مجهول الحال، فيتخرج وجوب حد القذف له عليها على قولين، ويحلف بدعواها عنيه على القول بأنها لا تحد له، فإن نكل عن اليمين حلفت هي وكان لها صداقها عليه.

وأما الوجه الثانى من القسم الأول: وهو أن تدعي ذلك على رجل صالح لا يليق به ذلك، وتأتي متعلقة متشبثة به قد بلغت فضيحة نفسها، فهذا الوجه يسقط عنها فيه حد الزنا إن ظهر بها حمل لما بلغت من فضيحة نفسها، واختلف هل تحد له حد القذف أم لا؟ فذهب ابن القاسم إلى أنها تحد له حد القذف، وحكى ابن حبيب فى «الواضحة»: أنها لا تحد له حد القذف ولا يمين لها عليه على القول بأنها تحد له، وأما على القول بأنها تحد له فيحلف على تكذيب دعواها، فإن نكل عن اليمين حلفت واستحقت عليه صداقها، وهذا إذا كانت ممن تبالي بفضيحة نفسها، وإن كانت ممن لا تبالي بفضيحة نفسها فتحد له قولاً واحداً، وإن كان مجهول الحال لم تحد له قولاً واحداً إذا كانت ممن تبالي بفضيحة نفسها، وإن كانت ممن لا تبالي بفضيحة نفسها فيتخرج وجوب حد القذف إن كان مجهول الحال عليها على قولين.

وأما الوجه الأول من القسم الثاني: وهو أن تدعى ذلك على من يشار إليه بالفسق، وهى غير متعلقة به، فهذا الوجه لا يجب عليها فيه حد القذف للرجل ولا حد الزنا إلا أن يظهر بها حمل ولا صداق لها، وينظر الإمام فى أمره فيسحنه ويستخبر عن أمره، ويفعل فيه بحسب ما ينكشف له منه، فإن لم ينكشف له من أمره شيء استحلفه، فإن نكل عن اليمين حلفت المرأة، واستحقت عليه صداق مثلها.

وأما الوجه الثانى من القسم الثاني: وهو أن تدعى ذلك على رجل ممن يشار إليه، وتأتى متعلقة متشبثة إن كانت بكراً تدعى فهذا الوجه يسقط عنها فيه حد القذف للرجل وحد الزنا إن ظهر بها حمل، واختلف فى وجوب الصداق لها على ثلاثة أقوال:

أحدهما: أنه يجب لها، وهى رواية أشهب عن مالك فى «كتاب الغصب»؛ لأنه إذا وجب للأمة ما نقصها فأحرى أن يجب للحرة صداق مثلها، والثانى: أنها لا يجب لها، وهى رواية عيسى عن ابن القاسم فى «كتاب الحدود» فى «القذف»، قال: ولو كان أشر من عبد الله الأزرق فى زمانه، والثالث: قول ابن الماجشون فى «الواضحة» أنها يجب لها الصداق إن كانت حرة، ولا يجب لها إن كانت أمة، واختلف إذا وجب لها الصداق بدعواها مع ما بلغت إليه من فضيحة نفسها هل يجب بيمين أو بغير يمين؟ فروى أشهب عن مالك: أنها تأخذه بغير يمين، وذهب ابن القاسم إلى أنها لا تأخذه إلا بعد اليمين، وهذا أصح، وإن كان مجهول الحال لم يكن لها صداق واستحلف هو، فإن نكل عن اليمين حلفت وأخذت صداقها والصغيرة محمولة على الإكراه على كل حال،

وإذا كانت تطيق الوطء فإن كان مثلها يخدع فهو إكراه، وإلا فحكمها حكم الكبيرة.

ويكتب في إثبات حال من لا يليق به ذلك: عقد يعرف شهوده فلان بن فلان، ويعلمونه من أهل الخير والديانة والأحوال المرضية ممن لا تليق به تهمة ولا ريبة، ولا يليق به ما نسبت إليه فلانة من أنه تعدى عليها وافتضها؛ لصلاح حاله لم ينتقل عن ذلك بوجه حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا. وإذا ادعى رجل أن رجلاً غصبه داراً أو مالاً وأضافه إلى ماله وخلطه به حتى لا يعرف بعينه وقامت له بينة.

فيكتب فيه إذا شهد له بذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً، ويعلمون له مالاً وملكاً داراً بموضع كذا أو فداناً بقرية كذا لا يعلمون له في ذلك بيعاً ولا تفويتاً، ولا أنه خرج ذلك عن ملكه بوجه حتى الآن، وأن فلاناً تعدى عليه في ذلك وأخذه له غصباً وأضافه إلى داره أو أرضه بموضع كذا بعد أن غيرها، ويعينون الناحية التي كانت فيها، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا. فإذا ثبت هذا وعين الشهود دار الغاصب أو أرضه أو الناحية التي فيها الدار المغصوبة إن عينوها حيل بين الغاصب وبين ذلك كله، وقيل للغاصب: أبرز للقائم داره أو موضعه فما عين الغاصب من ذلك كله حلف عليه، وكان للمشهود له خاصة، وإن أبي اليمين حلف المشهود له على ما يقتطعه، ويقول: إنه متاعه من ذلك وأخذه، وكذلك إن أبى الغاصب أن يبرز شيئاً أو أبرز شيئاً لا بال له، هذه رواية عيسى عن ابن القاسم، قال أحمد بن سعيد: وبذلك حضرت الفتيا، والظالم أحق من حمل عليه، وروى أصبغ عنه أنه يشدد عليه ويحبس ويضيق

عليه، فإن أبرز شيئاً حلف عليه ولم يكن للمشهود له سواه، وإن ألج فى الإبابة عن الحيازة وتمادى على الإنكار حلف أنه لم يغصب شيئاً وبرئ، وإذا لم تعين البينة الشيء المغصوب ولا ناحيته وإنما شهدت أنه غصبه أرضاً بقرية كذا لم تعمل شهادتهم شيئاً، وسئل مالك -رضي الله تعالى عنه- فيمن انتهب صرة فيها مال من رجل فطرحها وادعى عدداً وأكذبه الآخر، فقال: اليمين على المنتهب، وقال مطرف وابن كنانة: القول قول المنتهب منه إذا أتى بما يشبه، وتكلم ابن رشد فى مسألة الغاصب يشهد الشهود أنه غصب أرضاً ولا يثبتون حدودها ولا حوزها لكونه خلطها أو يشهدون أنه غصب أرضاً فى قرية ولا يعرفون موضعها، فقال: يتحصل فى ذلك ستة أقوال:

أحدها: أن الشهادة باطلة لا توجب حكماً، والثانى: أنها توجب الشدة على المشهود عليه، والثالث: أن البينة تستنزل إلى ما لا تشك فيه، والرابع: أن القول قول المغصوب منه، والخامس: أن القول قول الغاصب إلا أن يأتى بما لا يشبه فيكون القول قول المغصوب منه، والسادس: الفرق بين أن يشهد الشهود على الأرض بعينها ولا يعرفون حدودها، فيحوز المدعى عليه ما أقربه، ويحلف على ذلك، ولا شيء عليه إلا أن يأتى من الحوز بما يستنكر فيحلف المدعى ويستحق ما حلف عليه وبين أن لا يعينوا الأرض، وإنما يشهدون أنه غصبه فى القرية أرضاً فتكون الشهادة باطلة ولا توجب حكماً، فإن كان ما شهد به من ذلك لمستحق غير غاصب فإنما على المطلوب أن يحلف أنه لا يعمل للقائم فى ذلك حقاً ويبرأ، وهو بخلاف الغاصب فى ذلك، وقيل: إنما يخرج عن يده ويوقف حتى يقر بشيء كالغاصب ويحلف عليه.

وسئل ابن رشد فى رجل شهد عليه أنه استغل ضيعة ظلمـا وعـدواناً، وأن قيمة الغلة على التقريب مائتا مثقال هو تجوز شهادة الشهود على التقريب دون معاينة المستغل؟ فقال: لا تجوز شهادة الشهود على التخمين والتقريب،وإنما تجوز على القطع والتحقيق ومعرفة الاستغلال فيستنزل الشاهد حتى يشهد على مـا يقطع عليه ولا يشك فيه، فإن أنكر أن يكون استغل أكثر مما يشهد بـه عليـه حلف على ذلك فى مقطع الحق، ويكون له ما ادعاه فى مؤنة الغلـة وخـراج السلطان إن كان حقاً واجباً وإلا فلا، وفى كتاب «الاستغناء»: قال سحنون فى الرجل يدعى على الرجل أنه غصبه شيئاً أو سـرقه فتـداعيا إلى الـسطلان ثم اصطلحا على أن أعطاه مالا وهو يقول: إنما أعطيه المال مخافة السطلان وضرب السياط ولم آخذ له شيئاً: فلا يرجع بـشىء لأن النـاس لا يتـداعون إلا إلى السلطان إلا أن يكون للمدعى من السلطان ناحية، ويعلم أن السلطان يطاوعه فينظر الحاكم من ذلك باجتهاده، فإن ذهب المغصوب منه إلى الاسترعاء فى ترك قيامه.

فيكتب فى ذلك عقد: أشهد فلان على نفسه أن الدار والموضع بكذا هـو مشترك بينه وبين أخيه فلان على الإشاعة، وأن فلاناً لجاهه وقدرته ابتاع ذلك من أخيه وهو يعلم الشركة بما أراد من الثمن،وأنه لا يأمن إن قام عليه فى ذلك أن يضربه فى نفسه وماله ويتوقع تحامله عليه وإضراره بـه فاسترعاهم هـذه الشهادة، وأنه متى أمن ما يتوقعه قام فى الدار أو الموضع بالاستحقاق والشفعة، وأنه غير تارك لحقه فى ذلك ولا يسقطه عند تمكنه منه، وشهد علـى إشـهادة بذلك فى كذا ممن يعلم أن فلاناً ممن يتقى جانبه ولا يؤمن ضرره.

بيان: إذا ذهب ما يتقيه وقام بهذا العقد فهو على حقه، قال ابن الهندى: فإن ترك القيام بعد زوال التقية مدة من عشرة أعوام من غير عذر يمنعه من القيام فلا قيام فى ذلك، ولابن سهل فى كتابه تضعيف ضرب ابن الهندى فى ذلك عشرة أعوام، قال: والعامان تكفى فى ذلك، وكذلك يسترعى أيضاً فى الضرر المحدث مما يتقى، ويكون له القيام به متى زال، ويجوز الاسترعاء فى الأحباس والصدقات والهبات والعتق والتدبير،وينفسخ بذلك كل واحد من العقود المذكورة وهو مصدق فيما يدعيه مما يتوقعه وإن لم يعرف ذلك إلا بقوله؛ لأن ذلك كله حق يتبرع به ولو شاء لم يفعل، وله أن يشهد بعد ذلك بإمضائه إن شاء، وأما البيع فلا يجوز الاسترعاء فيه؛ لأن ذلك خلاف ما يتطوع به وفيه حق للمبتاع وقد أخذ به ثمناً فلا يصدق فيه إلا أن يعرف الإكراه على البيع والإخافة والتوقع، فحينئذ يفسخ البيع بالاسترعاء وإلا فلا.

ويكتب في ذلك ما نصه: ممن يعرف الوجه الذي ذكره من الإخافة والإكراه على البيع، وفى كذا. قال سحنون: فإن أقام المعروف العداء البينة على أن البائع رغب إليه فى البيع أو أنه وقع على الطوع صح البيع إلا أن يثبت البائع بأعدل منهم أنه رغب إليه فى الشراء.

فصل التعدي

والتعدى يفارق الغصب، قال فى «المدونة»: لأن المتعدى جنى على بعض السلعة والغاصب أخذها، وذلك كتخريق الثوب وقطع ذنب الدابة أو كسر يدها أو كسر الصفيحة وما أشبه ذلك، ولا يخلو أن يكون ذلك يسيراً أو كثيراً، فإن كان يسيراً فليس لصاحبه إلا قيمة ما نقصه بعد تعديله إن أمكن كرفو الثوب وصياغة الحلى ونحو ذلك، فإن عاد إلى حاله ولم ينقص شيء من القيمة بعد تعديله فلا شيء عليه، وإن كان فاسداً كثيراً خير صاحبه بين أخذه مع ما نقصه أو تركه للجانى وأخذ قيمته، وقيل: يكلف إصلاحه إن أمكن باتفاق، والحيوان وغيره فى ذلك سواء والكثير هو ما أفات المقصود، وإن كان فى الظاهر يسيراً كقطع ذنب البغلة وشبه ذلك، ومن فتح قفص طائر فطار أو حل بهيمة فهربت أو قيد عبداً فأبق فهو ضامن، ومن فتح باباً على دواب فذهبت ضمن، ومن نظر من باب أو كوة ففقأ[1] عينه ففيه القود ولو عضه فسل يده فسقطت أسنانه ففى ذلك قولان:

أحدهما: أنه ضامن وهو الأصح، والثانى: أنه لا شيء عليه.

وسئل ابن رشد فيمن أسند جرة زيت أو غسل إلى باب رجل ففتح صاحب الدار بابه فانكسرت الجرة ومضى ما فيها، فقال: لا أذكر هذه المسألة منصوصة لأحد، وهى تجرى فى أصولهم على قولين:

---

(1) فى الأصل (فقصد)، والصحيح (ففقأ) كما أثبت.

أحدهما: أنه يضمن صاحب الدار، والثاني: أنه لا ضمان عليه، وهو الصحيح عندى الذي كنت أقضى به أنه لا ضمان على صاحب الدار، ومن فعل فعلاً يجوز له من طبيب وصانع وشبههما على وجه الصواب وتولد منه هلاك نفس أو ضياع مال فلا شيء عليه، وكذلك الحاكم، فإن كان جاهلاً لا معرفة له بذلك الفعل أو لم يؤذن له أو قصر فيما يجب إلا أنه أخطأ فى عمله أو جنى جناية خطأ فى عمله فهو ضامن، واختلف إذا كان ذلك يجب فيه الدية كاملة، فقيل: إنما تكون كلها فى ماله وقيل: ما جاوز الثلث فعلى عاقلته، وما كان الثلث فأقل فى ماله، ذكر ذلك ابن رشد. ولا يجزى إذن العبد للحابر أو الحجام وشبه ذلك، ومن أرسل ناراً فى أرضه فتعدتها، أو أفسدت زرع جاره وشبه ذلك، فقال مالك: إذا كانت النار بعيدة من أرض جاره لا يعلم أنها تصل إليها فجاءت ريح عاصفة فاحتملتها فلا شيء عليه، وإن كانت قريبة بحيث لا يؤمن ذلك منها فهو ضامن، وإن أحرقت ناساً فديتهم على عاقلته.

وفى «الاستغناء»: إن عمل رجل نار الرماد أو غيره بقرب فدان رجل أو أندره فاحترق الزرع، فإن عليه ضمانه على الحزر والتقدير للقشاقير وغرم التبن على الحزر والتوسط ما يخرج من ذلك بعد أن يحلف صاحب الزرع على عدد القشاقير التى كانت فى أندره؛ لأن القول قوله إلا أن يأتى بما لا يشبه، ومن نزل بيتا بغير إذن صاحبه فأوقد فيه ناراً فاحترق البيت ضمن، وإن كانوا جماعة حلفوا وضمنوه، ومن نكل ضمن وحده وإن كان بإذن صاحبه فلا ضمان عليهم إلا أن يتعدوا أو يكون البيت لا يوقد فى مثله نار، وإذا عدت بهيمة على أخرى أو شلتها فلا شيء فى ذلك، قال ابن عبدالبر: وكذلك إذا انفلتت ليلاً أو

نهاراً فوطئت على رجل نائم فجرحته أو قتلته؛ لأن جرح العجماء جبار، وكذلك ما أفسدت بالليل والنهار من الأمتعة والثياب وجميع الأشياء سوى الزرع والحوائط خاصة، فإن كان معها قائد أو سائق أو راكب فهم ضامنون لما أصابت؛ إذ هم يتسببون بها إلى ذلك، فقد ضمن عمر -رضي الله تعالى عنه- مجرى الفرس لأنه متسبب به إلى الإتلاف، وهو نص قول مالك تضمين السائق والقائد والراكب، وقد يقوى التسبب فى بعض الأحوال فيكون الضمان، ويضعف التسبب فيضعف الضمان، وإذا اصطدم الفرسان فانكسر أحدهما ضمنه صاحب الآخر بخلاف السفينتين فإنه لا ضمان فيهما، وفى «مسائل ابن الحاج»: كان الفقيه ابن رزق يفتى فى الفرسان الذي يلعبون فى الملاعب فى الأعياد أنه إن أصاب واحد منهم الآخر فجرحه أو قتله فإنه يحكم فيه بحكم العمد لا بحكم الخطأ، وكذلك ما أصابوا فهم ضامنون له، وأما المواشي فما أفسدت من الزرع والشجر ليلاً فأصحابها ضامنون كانوا معها أو لم يكونوا على ما قضى به رسول الله ﷺ فى ناقة البراء بن عازب، وأما بالنهار فلا ضمان عليهم كان معهم راع أو لم يكن فيما أفسدت من الزرع بالنهار إذا أخرجها عن جملة مزارع القرية وتركها بالمسرح، وأما إن أطلقها للرعى قبل أن تخرج من مزارع القرية دون راع يذودها عن الزرع فهو ضامن لما أفسدت، وإن كان معها رعاتها فإنما يكون الضمان على الرعاة إن فرطوا أو ضيعوا حتى أفسدت شيئاً على هذا حمل أهل العلم ما ثبت من أن رسول الله ﷺ قضى على أرباب الزرع بحفظها بالنهار،وقال ابن الحاج فى «مسائله»: إذا قلنا بضمان ما أفسدت بالليل فهل يتعلق الضمان برعاتها أو بأربابها؟ تكلمت فيها مع ابن رشد فظهر له

أن الضمان على الرعاة، ويحتمل أن الضمان يتعلق بأربابها لأن الراعي أجير يحلف ما فرط ولا ضيع، ويغرم رب الماشية.

وسئل بعضهم عن أجراء القرية يرعون ببقر القرية على الدولة بالليل فطرقت البقر فأفسدت الزرع على من يكون غرم الزرع على الراعى أو على أصحاب البقر؟ فقال: إن فرط الراعى أو غفل فعليه الضمان وإن سبقته وقهرته وعلم الناس بذلك فعلى أرباب البقر،وتجوز الشهادة على ما يكون بالليل من الفساد للزرع إذا قطع الشهود بذلك ولا داخله فى ذلك، فإن كان الزرع أخضر قوم على الرجاء والخوف أن لا يتم وأخذ صاحبه قيمته دراهم، ولا يجوز أن يأخذ فيه طعاماً، ويجب أن يكون الزرع إن انجبر للذى ابتاعه ودفع قيمته بخلاف خلفة القصيل المبيع، فإنها تكون للبائع، وكذلك الشجر إذا أفسدت يغرم قيمتها دراهم، وإن كان الزرع قد يبس واستحصد فيلزم أن يدفع مكيلته طعاماً فى الحب ومكيله تبنه تبناً إن كان استهلك التبن، قال ابن رشد: اختلاف فى وجوب تقويمه على الرجاء والخوف إذا يئس من أنه يعود لهيئته، وأما إن رعى صغيراً ورجى إن رد لهيئته، فقيل: لا يستأنى به وهو قول مطرف، وقال سحنون: إنه يستأنى به، واختلف على القول بأنه لا يستأنى به إن حكم قيمته عاد لهيئته بعد الحكم هل ترد القيمة أم لا؟ وكذلك إن لم يحكم به حتى عاد لهيئته، فقيل: تسقط القيمة فيه وهو قول مطرف، وقيل: لا تسقط فيه ويقوم على الرجاء والخوف، وإن نبت وعاد لهيئته قبل الحكم وهو قول أصبغ، وفى «الواضحة»، قال ابن حبيب: سألت مطرفاً عما أفسد من الزرع أخضر كيف يقوم؟ فقال لى: سمعت مالكاً يقول: على الرجاء أن يتم، والخوف أن لا يتم

فيغرم المفسد القيمة لصاحب الزرع، ولا يستأنى بالزرع أن ينبت كما يصنع بسن الصغير، قال ابن حبيب: قلت لمطرف: فإن عاد هذا الزرع بعد هذا الحكم لهيئته وإلى حالته الأولى أتمضى القيمة لصاحب الزرع؟ قال: نعم لأنه حكم قد نفذ ومضى، قال ابن حبيب: قلت لمطرف: فلو لم يحكم فيه حتى عاد لهيئته؟ فقال: إذاً تسقط القيمة التى وضعت ولا يكون على المفسد إلا الأدب من السلطان بقدر سفهه وإفساده إلا أن يكون ما أفسد من ذلك كأن يرعى وينتفع به فيكون عليه قيمته ناجزاً على منفعته، وليس قيمته على الرجاء والخوف مع الأدب له فى ذلك كله، قال ابن حبيب: فسألت عن ذلك أصبغ، فقال لي: عن ابن القاسم عن مالك فى صدر المسألة مثل قول مطرف، قال لى أصبغ: وإذا عاد إلى هيئته قبل الحكم فهو عندى مثله يقوم على الرجاء والخوف ثبت أو لم يثبت كان ذلك قبل الحكم أو بعده، قال ابن حبيب: وقول مطرف فيه أحب إلى، وبه أقول وهو الحق.

ويكتب فى تقويم ما أفسدت الماشية بعد ثبوت ذلك: عقد وقف شهوده من أهل المعرفة والبصر بما يذكر إلى القمح أو الشعير الذى لفلان بموضع كذا ونظروه فرأوا أنه أفسدته الماشية وهو ربيع فساد إلا يرجى معه الخيار، وقوموه على الرجاء أن يتم والخوف أن لا يتم بكذا وكذا ديناراً من الفضة السكة الجارية الآن تقويم السداد والاحتياط من غير غبن ولا حيف، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا، وإن كان الفساد، وهو قد نض للحصاد **قلت ما نصه:** فرأوا أنه قد أفسدته الماشية بعد ما تم ونض للحصاد فساداً لم يبق بعده فيه ما يستفاد،

وقدروا بكذا وبكذا قدحاً من القمح والتين والذاهب بكذا من الستين تقديراً تحروا فيه القصد والصواب، وقيدوا على ذلك شهادتهم في كذا.

وسئل بعض الشيوخ فى رجل وجد فى زرعه حيواناً فاستاقها إلى داره فعقرتها السباع هل هو ضامن وإن عقرتها في الدار؟ فقال: نعم، قال بعضهم: وكذلك الدجاج على أصحابها أن يمنعوا دجاجهم ويقصروها عن إذاية مزارع القرية إذا كانت طائرة لا يستطاع الاحتراس منها وهى كالماشية، فإن كانت مقصورة فهى كالماشية، فإن فتح الباب وسيبها فهو ضامن ما أفسدت والبرك كذلك إلا أن تغلب بالليل فلا شيء عليه وعليه بالنهار الضمان، وإن عقر صاحب الزرع منها شيئاً ضمن، وفى «الواضحة»، قال ابن حبيب: سألت مطرفاً عن النحل يتخذها الرجل بالقرية وهى تضر شجر القوم إذا نورت هل يمنع من اتخاذها ويؤمر بإخراجها، والبرج يتخذ فيه الرجل الحمام والكرى للعصافير تأوى إليها ويأخذ فراخها وهى كالحمام فى إيذائها وإفسادها الزرع هل يمنع من ذلك؟ فقال لى: نعم أرى ذلك كله من الضرر، وأرى أن يمنع من اتخاذ ما يضر بالناس فى زرعهم وشجرهم ولا تشبه الماشية لأن النحل والحمام طائرة لا يستطاع الاحتراس منها كما يستطاع فى الماشية ألا ترى أن مالكاً قال فى الدابة الضارة: إنها تخرج وتباع على صاحبها فالنحل والحمام أشد، وكذلك الدجاج الطائر والأوز وما أشبههما مما لا يستطاع الاحتراس منه فأما ما يستطاع منه الاحتراز فهو كالماشية لا يؤمر صاحبه بإخراجه، وقال العتبى عن عيسى بن دينار مثله، وسألت عن ذلك أصبغ، فقال لى: النحل والحمام والدجاج والأوز عندنا كالماشية لا يمنع صاحبها من اتخاذها، وإن أضرت، وعلى أهل القرية حفظ

زرعهم وشجرهم؛ وهكذا كان ابن القاسم يقول: قال ابن حبيب،وليس يعجبني، وقول مطرف أحب إلى، وبه أقول وهو الحق -إن شاء تعالى- قال أشهب: وسئل مالك عما يصيب الحمام من زرع الناس فقال لا بأس به، ومازال هذا من أمر الناس والنحل إذا أضرت بمن يبني في منزله ومنعتهم شغلهم يؤمر صاحبها بإخراجها، وكذلك إذا أضرت بأهل القرية في أنفسهم أو دوابهم أمر أصحابها بإخراجها إلى حيث لا تضر إذا ثبت أذاها وضررها، ولا تترك وأذى الناس ساكنا كان أو غيره، وفي كتاب «الاستغناء» قال بعض أهل العلم في الدجاجة تلقط الدراهم واللؤلؤ: أنه ما كان من ذلك أكثر من قيمة الدجاجة فعلى صاحبها أن يذبحها بعد أن يدفع إليه صاحب الدراهم أو اللؤلؤ قيمتها لربها إلا أن يشاء صاحبها أن يأخذها مذبوحة فله ذلك، وما كان أقل من قيمتها فلا شيء له على صاحبها، وقال بعض المفتيين في الثور يدخل قرنيه في فرع شجرة ولا يطيق أحد نزعه: أنه ينظر إلى قيمة الثور وقيمة الغصن، فإن كان الغصن يساوى أكثر من الثور ذبح الثور مكانه ولم يقطع من الشجرة شيء ومصيبته من صاحبه، وإن كانت قيمة الثور أكثر من قيمة الذى يقطع من الشجرة ليخرج الثور قطع منها ما يمكن به إخراج الثور عنها، وقيمته على صاحب الثور ويجوز دفع الصائل من بهيمة أو مجنون أو صبى أو كبير عاقل أو غير عاقل عن النفس والأهل والمال، فإن علم أنه لا يندفع إلا بالقتل جاز قتله قصداً ابتداء وإلا فلا، ومن قدر على الهروب من غيره مضرة لم يجز له التعرض له بجرح أو غيره.

فصل الضرر

والضرر يكون فى المبانى والمساحات والفدادين والشجر ونحوها، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار»[1] فمن أحدث ضرراً على جاره فى بناء أو غرس او غير ذلك منع، فإذا أذن له فهل يكون له فيه رجوع أم لا؟ قال ابن حبيب: قلت لمطرف وابن الماجشون: إذا أذن الجار لجاره فى فتح باب أو إرفاق بفناء أو مختلف فى طريق أو إحداث طريق فى غير موضعه وما أشبه ذلك هل يمنعه بعد ويكون له فيه الرجعة إذا شاء؟ فقالا لى: ذلك يختلف أما ما أذن له فيه مما يقع فيه العمل والإنفاق وتكلفت فيه النفقة والمونة مثل غرز الخشب وتأسيس الجدار والمرفق بالماء من العيون والآبار لمن ينشئ عليها غرسا أو بئراً عملاً وأنشأه ذلك مما فى رده فساد وضرر وذهاب عمل وبطلان منفعة فذلك نافذ لأهله، قلت المؤنة فيه أو كثرت، وليس للآذن فيه رجوع عاش أو مات ولو اشترط أنه متى شاء رفع عمله رفعه أو أن يقطع عنه ما أذن له فيه فعل فذلك جائز لصاحبه، والشرط باطل، ولا يقضي به لمشترطه بعد عمله، وله الرجوع قبل العمل بشرطه هذا، وأما ما كان من ذلك لا يتكلف فيه عمل ولا كبير مؤنة من فتح باب أو فتح طريق إلى مختلف أو إرفاق بالسلعة ونحو ذلك فهذا للآذن فيه الرجوع متى شاء بأن يصرف ماءه إلى نفسه ويسد الباب ويقطع مختلفه عليه إلا أن يكون وقت له أجلاً للانتفاع بذلك فيلزمه، قال ابن حبيب: وبذلك قال ابن نافع وأشهب، وقال أصبغ: له منعه فى الوجهين إذا أتى عليه من الزمان ما يكون لمثله عارية إلا فى الغرس فإنه لا يمنعه ولا يعجبنى قوله، وسئل

---

(1) رواه أحمد فى ((المسند))، وابن ماجه فى ((السنن))، ومالك فى ((الموطأ)).

محمد بن تليد عمن خاصم فى طريق فأنكره ثم قال له: إن احتجت إلى طريق أعطيتك، فقال: من أوجب لخصمه طريقاً فى أرضه فهو لازم له ليس له أن يرجع فيه ويحكم عليه بما أوجب على نفسه، فإن أحدث على أحد وجه من وجوه الضرر من غير إذن منه فسكت على ذلك بعد علمه و لم ينكره مدة من عشرة أعوام أو نحوها من غير عذر يمنعه القيام بذلك فلا قيام له بعد هذه المدة وهو كالاستحقاق، قال بعضهم: والقرابة وغيرهم فى ذلك سواء على هذا القول، ولا يفرق بينهما كما فرق فى الاستحقاق، وقال أصبغ: لا يقطع القيام فى إحداث الضرر إلا سكوت عشرين سنة ونحوها، وهو بخلاف الحيازات، وبالأول الحكم إلا أن يكون من أحدث عليه ذلك صغيراً أو مولى عليه فلا يضر السكوت إلا أن يطول ذلك بعذر ولعذرهم المدة المذكورة، وفى «المنتخب»، قال ابن حبيب: وجوه الضرر كثيرة كدخان الحمام وغبار الأنادر ونتن الدباغين ونحوها، والحكم فيها أن يقال لأهلها احتالوا للدخان والغبار والنتن أن لا يضر ذلك بمن جاوركم وإلا فاقطعوا، وسواء كان قديماً أو حادثاً لأن الضرر فى مثل هذا لا يستحق بالقدم، وإنما حيازة التقادم التى جاء بها الأثر من حاز على خصم شيئاً عشر سنين فهو أحق به فى الأموال ولا تكون الحيازة فى أفعال الضرر حيازة تقوى بها حجته بل يزيده طول التقادم ظلما وعدواناً، وفى «كتاب ابن مزين»: أن ما كان من الضرر يبقى على حالة واحدة لا يتزيد كفتح باب على جاره أو كوة أو ما أشبه ذلك فإنه يستحق بما تستحق به الأملاك على من حيزت عليه بخلاف ما يحدث من الكنف والمطامير والحفر التى لا يستنقع فيه، فإنه لا يستحق ذلك بما تحاز به الأملاك من المدة لأن ذلك كلما طال زمانه كثر

وتزيد ضرره واختلف فى الضرر إن أشكل هل هو قديم أو محدث، ففى «أحكام ابن زياد»: أنه محمول على أنه محدث حتى يثبت أنه قديم، وفى «كتاب ابن سحنون»: أنه محمول على أنه قديم حتى يعلم أنه محدث، وبالأول القضاء.

ويكتب فى إثباته: عقد شهوده يعلمون أن الدار التى لفلان بموضع كذا لم يزل ماء المطر المجتمع فيها يجرى فى قناة تحت الأرض إلى دار فلان المجاورة لها من جهة كذا ومراحضها تفضى رحاضها إلى دار فلان على الدوام منذ عقلوا بأسنانهم من غير معترض ولا منازع، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، ومثل ذلك يعقد فى أنواع الضرر من التكشف والطرق وغير ذلك، ومن أحدث عليه بناء فيه ضرر فسكت حتى فرغ ثم قام عليه بسبب ذلك فعليه اليمين أن سكوته لم يكن منه رضاً بإسقاط حقه فيه، فإن باعه بعد ما أحدث الضرر عليه و لم يقم ولا تكلم فيه لم يكن للمبتاع القيام به، فإن كان قد تكلم فيه وباعه فى الخصام فإن للمبتاع أن يتكلم فيه ويقوم بما كان للبائع أن يقوم به من ذلك، فإن كان الضرر مما يخفى حدوثه بالوقوف عليه والنظر له،

فيكتب فى ذلك: عقد وقف شهوده من أهل البصر والمعرفة بما يذكر إلى الدار التى لفلان بكذا، فرأوا أن فلاناً قد أحدث عليه فرناً بإزائها يضر به دخانه الضرر البين، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا،ومن وجوه الضرر التكشف فمن أحدث على أحد طاقة أو كوة أو بابا يتكشف عليه منه منع من ذلك، فإن كان ذلك قديماً لم يعرض له ويجب له فى التحفظ بالدين أن يتطوع بقلعها من جهة الاطلاع على العوارت التى لا يحل، وحكى ابن يونس عن بعض الشيوخ قولاً أنه يجب غلقها، وإن كانت قديمة لأن ذلك حق لله تعالى لا يحل التكشف

على حال، وأما المحدث من ذلك فيجب سدها باتفاق وقلع العتبة إن كانت لئلا تكون ذريعة إلى ردها، وذلك إن كانت بحيث إذا نظر الناظر منها تبينت له الأشخاص والوجوه، وأما إذا لم تتبين الأشخاص والوجوه لبعدها فلا يؤمر بسد ذلك، وكذلك إن كانت الكوة مرتفعة للضوء خاصة فإنه يمنع منها إذا كان يتكشف منها عند مالك، وروى عن عمر بن الخطاب -رضى الله تعالى عنه- أنه أمر أنه يوضع سريره من جهة المحدث ويقف عليه واقف، فإن اطلع على دار جاره منع وإلا فلا، والعمل على قول مالك الأول، قال ابن الحاج فى «مسائله»: وإذا كان الاطلاع لا يمكن إلا بواسطة مثل سلم أو كرسى أو ما أشبه ذلك فلا يهدم موضع الاطلاع ولا يطمس، ويمنع أن لا يطلع منه،وبذلك جاءت الروايات، ويؤدب إن فعل أن لا يكون الموضع مما جرت العادة بأن يسكن فيه من لا يؤمن فإنه يطمس ولا يهدم، وبهذا نفذ الحكم عندنا، وقال لى -رحمه الله تعالى- ذكر لى ابن رشد أنه إذا جعل البانى شرجبا يمنعه من إخراج رأسه أن الشيوخ كانوا يختلفون فى ذلك، فمنهم من كان يراه، ومنهم من كان لا يراه ويرى التطميس لأنه ربما زال الشرجب واستخف عليه الاطلاع بالقدم، ووقع ذكر الشرجب فى «مسائل ابن زرب»، وقال فى «مسائله» أيضاً: الاطلاع من البنيان على ثلاثة أقسام: الدور، ولا اختلاف فى المنع من الاطلاع عليها، والفدادين والمزارع ولا خلاف فى إباحة البنيان الذى يطلع منه عليها، والجنات مختلف فيها، قاله ابن الطلاع، قال: والكروم القريبة كالجنان لا سيما عندنا لكثرة تكرار أهلها بعيالهم عليها، وفى كتاب «الاستغناء»: إذا كانت لرجل عرضه وبنى رجل تحتها فليس له منعه من فتح الكوى والأبواب إليها حتى وإن

قال: أريد أن أبني فيها لأنه حق سبق إليه، وقد روى ابن حبيب أنه يمنعه من فتحها على العرصة قبل البناء وبعده، وذكره عيسى أيضاً فى كتاب الجدار، قال فإن لم يمنعه حتى بنى وأراد منعه فإن ذلك له، قال أبو عمر: وسواء كان الزقاق نافذا أو غير نافذ، ومن أحدث غرفة يطلع منها على أسطوان جاره منع، وقال ابن الحاج: وجدت بخط ابن عتاب فى آخر كتابه: سئل يحيى بن ابراهيم عن الرجل يفتح باباً فى الزقاق النافذ فيطل منه على جاره وجدار جاره قصير نحو الخيطين وشبههما، فإن بنى على خيط ثالث لم يطل عليه، فقال: يجبر جاره على بناء خيط ثالث، وليس له أن يضيق بجاره ولا يمنعه من فتح باب إذا كان على هذا النحو، قال فضل: هذا جيد إذا كان الباب مع الأرض.

وسئل ابن رشد فى رجلين متجاورين بينهما زقاق نافذ فأحدث أحدهما فى داره باباً أو حانوتين مقابل باب جاره لا يدخل أحد من أهل داره ويخرج الأعلى، نظر من الذين يجلسون فى الحانوتين المذكورين لعمل صناعتهم، وذلك ضرر بين لصاحب الدار وكشف لعياله هل يجب سد ذلك؟ فقال: إذا كان الأمر على ما وصف فيؤمر أن ينكب بذلك عن مقابل باب جاره، فإن لم يقدر على ذلك ولا وجد إليه سبيلاً ترك ولم يحكم عليه بغلقها، وقال -رحمه الله تعالى- يتحصل فى فتح الرجل باباً أو حانوتاً فى مقابلة باب جاره فى الزقاق النافذ ثلاثة أقوال: أحدها: أن ذلك له جملةً من غير تفصيل، وهو قول ابن القاسم فى «المدونة»، والثانى: أن ذلك له من غير تفصيل إلا أن ينكب عن ذلك وهو قول سحنون، رواه عنه حبيب وابنه، والثالث: أن ذلك له إذا كانت السكة واسعة، وهو قول ابن وهب، والواسعة ما كان فيها سبعة أذرع فأكثر،

ويتحصل فى فتح الرجل الباب أو تحويله عن موضعه فى الزقاق الذى ليس بنافذ ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك لا يجوز بحال إلا أن يأذن جميع أهل الزقاق، وهذا الـذي ذهب إليه ابن زرب، وأقامه من مسألة كتاب القسمة من «المدونة» فى الـدارين تكون إحداهما فى جوف الأخرى، ولأهل الدار الداخلة الممر فى الدار الخارجة فيقسم أهل الدار الداخلة دارهم فيريد كل واحد منهم أن يفتح لداره بابـا فى الدار الخارجة أن ذلك ليس لواحد منهم، وإنما لهم الممر الذى كانوا يمرون عليه قبل القسمة وبه جرى العمل بقرطبة، والثانى أن ذلك له ما لم يقابل باب جاره ولا قرب منه فقطع منه مرفقاً منه، وهو قول ابن القاسم فى «المدونة»، وقول ابن وهب، والثالث: أن له تحويل بابه عن هذه الصفة إذا سد الباب الأول، وليس له أن يفتح فيه باباً لم يكن قط بحال، وهو قول أشهب، قال الباجي: وذكر ابن أبي زيد فى «النوادر» أن الطريق الواسعة اختلف فيها، فقيل: ثمانية أذرع، وقيـل: سبعة، قال: وهذا إذا كانت الطريق لجماعة الناس، وأما إذا كانت غير نافـذة فليس لأحد فتح باب فيها إلا عن رضا جميع أهل الـدرب وهـى كالعرصـة المشتركة وبهذا القضاء، وإن لم يكن له فى الزنقة باب وكان له فيهـا حـائط مصمت، فقيل: له أن يمنع من أراد أن يحدث حذاء حائطه باباً كما لو كان له فى السكة باب، ذكر ذلك ابن الحاج فى «مسائله»، وقال أيضاً: إذا كانت زنقة غير نافذة وفيها دار نقضها له وقاعتها لغيره، فأراد أهل السكة أن يفتحوا فيها سرباً ومنعهم صاحب النقض فله ذلك إن كان ذلك يعيب الموضع، ولصاحب القاعة أيضاً ذلك، وقال رجل كان له باب فى زقاق غير نافذ فطمسه ثم وهب

الدار لابنته فأرادت فتح الباب، فأفتى ابن رشد بأن ذلك ليس لها، وقال غيره: يحتمل أن يكون ذلك لها، وكأنها حلت محل الواهب قال ابن عبد البر: والزقاق غير النافذ ليس لأحدٍ أن يشرع فيه باباً ولا أن يحدث فيه سقيفة ولا عسكراً إلا بإذن أصحاب الزقاق، فإن أذن بعضهم دون بعض فإن كان الذين أذنوا فى آخر الزقاق وممرهم إلى منازلهم فى الموضع المحدث بإذنهم جائز، ذكره فى «الكافى»، ومن وجوه الضرر دخان الفرن والحمام، قال ابن حبيب: فمن أحدث ذلك أمر بأن يحتال لإخراج الدخان بحيث لا يضر بجاره، فإن قدر على ذلك وإلا منع لما فى ذلك من الأدخنة العظيمة، فإن أراد أن يحدث تنوراً فله ذلك ولا قيام لجاره عليه لخفة أمر التنور، وكذلك من أحدث اصطبلاً عند بيت جاره لما فيه من الضرر ببول الدواب وزبولها بالحيطان مع حركتها المانعة من النوم بالليل والنهار، وكذلك كير الحداد والمطاحين يمنع من إحداثها، قال ابن عبد الغفور فى «كتابه»: وعلى ما فى «المدونة» من أن للمكترى أن يجعل فى الدار المكتراة ما شاء من الدواب والحدادين والقصارين ما لم يكن ضرراً بالدار كما يكون لصاحبه أن ينصب فى داره ما شاء من الصناعات ما لم يضر بحيطان جاره، وأما أن يمنع من دوى رحا أوكد أو دوى ضرب وشبه ذلك للصوت فلا، قال: لأن الصوت لا يخرق الأسماع ولا يضر بالأجسام إلا أن يضر الضرب بالجدارات فيمنع من ذلك، وفى «المجالس»: قضى شيوخ الفتوى بطليطلة بمنع الكمادين إذا استضر بهم الجيران وقلقوا من ذلك لاجتماع رفع ضرٍّ بهم، والأول أولى، فإن أحدث فى داره أو حانوته دباغاً أو مرحاضاً لم يغطه منع من ذلك بسبب الرائحة المنتنة لأنها من الضرر الفاحش إذ يصل إلى الخياشيم ويخرق الأمعاء

ويؤذى الإنسان، وقد قال عليه الصلاة والسلام: **«من أكل من هذه الشجرة فلا يقربن مسجدنا يؤذينا بريح الثوم»**[1]، فكل رائحة تؤذى يمنع منها لهذا وبذلك العمل، وكذلك الأندر إذا أحدثه إنسان بجوار دار أو حانوت أو مبصلة أو غيرها فإنه يمنع من ذلك لإضراره به بسبب وقوع التبن والغبار وهو كالفرن والحمام، قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: وكذلك إذا كانت الجنان هى التى أحدثت إلى جانب الأندر فأضرَّ تبن الأندر وغباره بالجنان فإن ذلك يمنع لأنها مما تحدث فى كل سنة فلا يعذر أن يكون ضرراً حادثاً ومع ذلك قد كان له أن يمنع صاحب الأندر من وقوع التبن والغبار فى أرضه قبل إنشاء الجنان إذا أضر ذلك، وكذلك بعد الإنشاء، ومن أراد أن يبنى بنياناً بجوار أندر فقال صاحبه: يمنعنى الريح عند الذرو فليس له أن يبنى فى قول ابن القاسم، وقال سحنون: له ذلك وهى كالذى يعلى بناءه فيمنع جاره الشمس والريح والضوء إلا أن يجد عن ذلك مندوحة وغنىً فيمنع، وقال ابن حبيب: قال مطرف وابن الماجشون: له أن يبنى بجوار الأندر ولا يمنع أن يبنى فى حقه وجد مندوحة أو لم يجد وإن ضر ذلك بالأندر ومنعه الريح، ومن له دار وأراد أن يعلى بناءه فله ذلك، وإن قال جاره أنه يمنعه الشمس والريح ويظلم داره، ولا يمنع أحد أن يفعل فى ملكه مثل هذا إلا أن يكون فعل ذلك من غير منفعة له فى ذلك ولا فى رفعه فيمنع، وكذلك من أراد أن يبنى رفاً أو عسكراً ويخرجه على الطريق ويطل بذلك عليه فله ذلك، قال سحنون: و لم تزل الطرق كذلك، قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: له ذلك إذا علاها و لم يضر من تحتها أو جاوزها من

---

(1) أخرجه البخارى ومسلم فى صحيحيهما.

راجل أو راكب أو صاحب جمل، قالا: فإن لم تعل وكانت تضر من تحتها أو قربها فأرى أن تهدم، وسئل سحنون عن الرجل تكون له الدار عن يمين الطريق وأخرى عن يسارها فيريد أن يرفع على السكة غرفة أو يتخذ عليها مجلساً فى داره، فقال: له ذلك، ولا يمنع منه، ومن له علو تحت آخر فأراد صاحب الأعلى أن يبنى على علوه شيئاً فليس ذلك له إلا الخفيف الذى لا يضر، وإن انكسرت خشبة من الأعلى أدخل مثلها ولم يدخل أثقل منها، وقال ابن عبد الحكم: قلت لابن القاسم: أرأيت المرحاض إذا اختل وهو لصاحب الأعلى أو لصاحب الأسفل؟ قال: على صاحب الأسفل بنيان ما كان فى الأسفل حتى يبلغ به السقف، وعلى صاحبِ العلو بنيان الخشب، قال: قلت له: فبئر المرحاض إذا رثت على من بنيانه؟ قال: على صاحب الأسفل، ولا يسوغ لأحد أن يضرب وتداً فى حائط جاره، ولا يضم إليه ما يضر به كالزبل والتين والحطب وكل ما إذا نزل المطر ضرب فيه فطار إلى جداره كالصخر، ولا له أن يحقن ماء يقربه خوفاً أن يصل نداؤه إليه، وإذا كانت زنقة غير نافذة فأراد أن يفتح كوة ويصرف عليها ماء داره من المطر وغيره إلى الزنقة فليس له ذلك، وكذلك فى السكة النافذة، وله أن يخرج ماء المطر خاصة فى السكة النافذة لأن ذلك مما لا غنى عنه وهو أمر غالب، قاله سحنون، وسئل ابن رشد فى عين نبعت فى دار وكثر ماؤها حتى أضر بها هل له إخراجها فى عرصة تجاوره أم لا؟ فقال: إن كانت العين نبعت من غير أن استنبطها هو ولم يقدر على أن يغور ماءها فى داره فمن حقه أن يرسله إلى هذه العرصة إن كانت فى الجهة التى إليها انصباب الماء وليس له أن يحفر للماء تحتها سرباً إلا بإذن صاحب العرصة، وإن كان هو

استخرج العين من داره فليس له إرسالها إلا بإذن صاحب العرصة، هذا هو الواجب فى ذلك على منهاج قول مالك، وسئل فى رجل له دار بناها وأخرج ماءها من الأمطار على بابها تجتمع مع ماء المطر فى الزقاق وتشق دار أحد جيرانه فمنعه جاره من ذلك، وزعم أنها كانت قليلة السقف وأنه أحدث فيها سقفاً يكثر ماءها، فقال: إذا شهد لصاحب الدار الجديدة بدليل العيان بينة عادلة بأنه لا مجرى للماء إلا على الزقاق، وأنه لابد من خروجه عنها أو شهدت بينه عادلة على معرفة خروج المطر منها على بابها فمن حقه أن يخرج ماء المطر عنها ولا حجة فيما احتج به من كثرة الماء بسبب تكثير سقفها، إذ من حق صاحب الدار أن يخرج جميعه ولا يغور فيها شيئاً منه، ولا يجوز صرف الماء من السقف والقنوات والميازب على الطرق ولا على دار الغير، وإن كانت الدار واسعة لا يضر بها نزول الماء فيها، وكذلك الأرض البيضاء إذا بنى فيها وأراد صرف الماء على أرض جاره، قال ابن القاسم: فليس له ذلك، والأرض البيضاء أحق أن لا يلقى فيها الماء، قال: ولا يلقى ماءه إلا فى حقه ومتاعه، وكذلك إن كانت الأرض مرتفعة يسيل ماؤها على التى تحتها فبنى صاحب العليا وأراد صرف الماء عليها فليس له ذلك، والطريق كذلك ليس له أن يصرف إليها ميزابا ولا قناة كانت نافذة أو لم تكن، ويمنع أن يحدث فى الطريق ما يؤذى المارة فيه، ومر عمر –رضى الله تعالى عنه– على حداد بنى كيراً فى الطريق فأمر بقطعه.

ولا يقطع شيء من الطريق، ومن فعل ذلك رده وكانت جرحةً فيه، وقال أصبغ: عن أشهب إذا كان الطريق واسعاً وكان فيما بقى منها ما يحمل المارة عليها فلا يهدم، وقال به أصبغ، والأول أصح، وفى كتاب «الاستغناء»: إذا كان

الطريق يجاوره حائط محدود بالعين أو بالجبار وأخذ صاحب الحائط من الطريق نحو الأصبع فلا يمنع من ذلك، وإن كرر من ذلك فى كل عام ولا يجوز لأحد أن يحول طريقاً فى أرضه إلى موضع آخر، وإن كان احسن وأرفق إلا أن يكـــون لقوم معلومين فله ذلك بإذنهم. وقال ابن الماجشون: يرفع ذلك إلى الإمام، فإن رأى ذلك مصلحة وأرفق للمسلمين جاز وإلا فلا، وإذا فسد طريق المــسلمين بسيل أو غيره ولم يكن لهم من حيث يسلكون، فقال سحنون: للــسلطان أن يأخذ من أرض من جاوره بما يصلح به الطريق ويجبره على ذلك، ويعطيه قيمته من بيت المال إذا لم يكن عنه غنى، فإن كان لهم من حيث يسلكون من غــير مشقة على الناس ولا تعب فليس للسلطان أن يفعل ذلك، قال ابن حبيب: عن مطرف وابن الماجشون خلاف ذلك، وأنه لا يؤخذ إلا برضاه واختياره، وإن لم يكن منه غنى، وقال أصبغ أيضاً، وإذا فسد طريق القريــة وأبى بعــضهم مــن إصلاحه فلا يجبرون على ذلك، وغنما إصلاح ذلك من بيت المال، ومــن لــه عرصة أو موضع بوسط أرض لقوم فأراد أن يبنى فيها فله ذلك، وليس لجيرانــه منعه، وإن احتجوا بأنه يضر بهم فى زروعهم إذا جاز إلى البناء، فإن كان يدخل إليها ببقر حرثه وبدابته يقودها ويغنم يرعاها فى خصب موضعه فله الــدخول الآن كذلك، وإن لم يكن يدخل إليها بذلك فليس له ذلك، ولأصحاب الأرض أيضاً أن يبنوا أرضهم ويتركوا له طريقاً مثل التى كانت له فى السعة؛ قال أصبغ عن ابن القاسم؛ والشجر إذا كانت قرب الطريق فانتشرت وأضرت به فأرى أن يقطع منها ما أضر به، وقال ابن وهب فى الشجرة تكون للرجل: إذا انتــشرت وعظمت حتى تخرج فروعها من أرض صاحبها وحدوده وتقع فى أرض جــاره

وحده فتضربه قطع ذلك الذى أضر به وأذاه، ووقع فى حده، وقال سحنون: كل ما خرج فى أرض جاره فلجاره قطع ذلك حتى تعود الشجرة إلى حد أرض صاحبها لأن هواء الأرض التى امتدت فيها الفروع لصاحبها، قال بعضهم: ما أظل من الشجرة على طريق المسلمين فهو لهم، أى: ثمرها وما أظل على أرض بيضاء فلا يقطع إلا أن يشهد بالضرر، قال سحنون: ويقطع من الشجر ما دخل فى جنان جاره فأضر بشجره، قال غيره: يؤتى بقصبة طويلة فتوضع بين الحوزين فما دون القصبة إلى أرضه، ولا يجوز له أن يتواطأ معه على اجتنائها، وإذا اشتبكت الشجر من الجهتين حتى لا يعرف ما أسقطته الريح من حبها أى من الشجر هو فأرى أن تباع من رجل واحد فيقتسمان ثمنها أو يتقاوماها فيما بينهما، قاله ابن القاسم، قال: وإذا نبت شجر فى هدف بين حائطين فإن عرف أن الهدف لأحدهما فكل ما نبت عليه من الشجر فهو له، وإن لم يعرف الهدف لمن هو قسم الهدف بالشجر بينهما، وقال أصبغ فى الشجرة تكون للرجل فتنبسط فى أرض جاره أو داره أنه إن كان عظمها امتداداً فى الهواء فأظلت أرض جاره أو داره، فلا تقطع لأنها كالبنيان يبنى الرجل فى أرضه فيمنع عن جاره الشمس والريح، فلا كلام لجاره فى ذلك، وكذلك الشجر ما لم تمل أو تنبسط فيكون له أن يقطع ما مال منها وانبسط، قال ابن حبيب: وسئل عنه ابن القاسم، فقال مثله، قال أصبغ وابن القاسم: وأما الشجرة تكون فى أرض الرجل بميراث أو قسمة أو اشتراء أو غير ذلك فتضر بالأرض بارتفاعها أو انبساطها فلا كلام لصاحب الأرض فى ذلك، ولا قيام له فى انبساطها ولا فى ارتفاعها، وإن سقطت فله أن يغرس فى مكانها أخرى مثلها ولا يغرس ما هو أضر به، ولا ما

يعظم أكثر منها، قال ابن سحنون عن أبيه: ويقطع من الشجر ما أضر بحائط الجار ويهدمه، قال عيسى: وإنما يقطع من الأغصان ما حدث منها بعد بناء الحائط وأضر به فيشمر تلك الأغصان، فإن كانت أقدم من الحائط فلا يقطع منها إلا ما أحدث وإن كانت محدثة بعده فيقطع منه كل ما آذاه من قليل أو كثير، وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: وإن كانت الشجرة أقدم من الجدار تركت وما حدث من أغصالها وإن اضر ذلك بالجدار لأنه قد علم أن ذلك من شأن الشجر، قال: وسألت عن ذلك أصبغ فقال لى مثل ذلك، وهو أحب إلى وبه أقول، وإن كانت الشجرة محدثة فيقطع منها كل ما آذى من قليل أو كثير، وقال مطرف: من كانت له شجرة يطلع منها على دار جاره إذا جناها فلا يمنع من جناها، وعليه أن يأذن جاره بصعوده حديثة كانت أو قديمة، وفى بعض الكتب: سئل بعضهم عن الذى يغرس شجرة فى داره فتطول حتى تشرف على دار جاره، فإنه يقطع من ذلك ما يضر بجاره فوق الأرض وتحت الأرض إذا انتشرت وأضر بجاره.

وسئل ابن القاسم عن رجل تفتقت أرضه عن عرق من أصل شجرة فى جنان رجل آخر، فقال: إن كانت فيه منفعة لصاحب الشجرة إن قلعه فله قلعه، وإلا فلا، قال عيسى بن دينارٍ إلا أن يكون مضراً بأصل الشجرة التى هو منها فلا يكون ذلك له إلا برضا صاحب الشجرة إلا أن يشاء صاحب الأرض أن يقطع الأصل والعروق الواصلة له حتى لا يضر بالشجرة ويعطى قيمته مقلوعاً فيكون ذلك له، ومن بنى فرناً بقرب آخر أو رحى فله ذلك،وإن كان ينقص من فائده، وكذلك برج الحمام، وسئل أحمد بن بقى بن مخلد فى رجل ابتنى برجا لحمام

فلما عمر بالحمام أراد جاره بناء برج مثله يلاصقة، فقال: لا يمنع من بنائه وإن دخل من حمام البرج الأول فى البرج الثانى، فإن عرفت الحمام ردت إلى قرارها إن أمكن ذلك، وإن لم تعرف فهى لمن ثبتت فى برجه، وكذلك النحل تدخل من جبح إلى جبح، وقال محمد بن أيمن القرطبى: إن قال أهل البصر بالأبرجة أنه ضرر منع من ذلك.

وسئل ابن رشد فى ماءِ جار فى جنات وعليه أرحى، وأهل الجنات ينتفعون به فى سقى ثمارهم وشربهم فبنى رجل عليه كرسياً للحدث واحتج بأن ذلك لا يغيره لكثرته هل يباح له ذلك؟ وإن سكت عنه أصحاب الجنات هل ينظر فيه الحاكم إذ ينتفع جماعة المسلمن خارج الجنات؟ فأجاب: قطع هذا الضرر واجب، والحكم به لازم قام به أهل الجنات أو من سواهم، وعلى الحاكم أن ينظر فى ذلك إذا اتصل به الأمر وإن لم يقم عنده به قائم بأن يبعث العدول إليه، فإن شهدوا عنده به قضى بتغييره لما فى ذلك من الحق لجماعة المسلمين خارج الجنات ولا يسعه السكوت عن ذلك، قال ابن حبيب: وقال مطرف: فإذا تشاح الشركاء فى الدور فى كنس الكنيف فيكون بينهم على قدر الجماجم لا على قدر ملكهم لأنه قد يكون العدد الكثير فى الحظ القليل، وفى «كتاب ابن يونس»: وقع فى «المستخرجة» فى كنس القنوات أنه إذا انسدت القناة فى أولها أن الأولين يكنسون أولاً ولا كنس على من بعدهم، وإن انسدت فى آخرها كنس الأولون مع الآخرين، وهذا إنما يصح فى قنوات المراحيض لأنها إذا انسدت فى أولها وكان باقيها غير مسدود فالضرر إنما يبقى على الأولين إذ لا منفذ لهم يجرى بمائهم وأثقالهم، وأما من بعدهم فلا سد فى مجراهم آخر أو لا

ضرر يلحقهم، وإن انسدت فى آخرها فالضرر يلحقهم أجمعين لأنها إذا انسدت على الآخرين طلع السد للأولين فأضر بجميعهم، فأما سواقى السقى والمطاحين فإن انسدت فى أولها أو خرقت قبل أن يصل إلى انتفاع أحد منهم فكنسها على جميعهم إذ لو لم يصلح ذلك لم يصل الماء إلى أحد منهم، فإذا بلغ الكنس إلا الأول وتم له الانتفاع من غير ضرر يلحقه إن لم يكنس بقيتها ارتفع عن هذا وكنس الباقون ثم قال: إذا تم انتفاع الثانى ارتفع الكنس عنه، وكذلك الثالث والرابع إلى آخرهم، ومن اتخذ كلبا عقوراً فى موضع لا يجوز له اتخاذه فهو ضامن لما جنى، فإن كان فى موضع يسوغ اتخاذه فما أصاب قبل أن يقتدم إليه فيه فهو له هدر وبعد التقدم ضامن.

الأحباس، والصدقات، والهبات، والعمرى والمنح، والإخدام، والمرفق

والحبس جائز فى الأصول المملوكة كلها من الأرضين والديار والثمرات وغيرها، وفى جوازه فى الحيوان والعروض قولان، ولا يصح تحبيس الطعام، وفى «المدونة»: جواز تحبيس الدنانير وإبقائها للسلف، ولفظ الوقف يفيد التأبيد، ولفظ حبست وتصدقت لابد معهما من لفظ التأبيد، فإن لم يصحبهما ما يفيد التأبيد ففي حملهما على التأبيد قولان، وروى ابن المواز عن أشهب فيمن وهب هبة لرجل على أن لا يهب ولا يبيع أن ذلك حبس عليه، وعلى عقبه، فإن انقرض عقبه رجع حبساً على أقرب الناس للمحبس يوم يرجع إليه، ويجوز على الكبار والصغار والجنين ومن يولد.

ويكتب فى ذلك: عقد كتاب حبس ووقف مؤبد عقده فلان لأولاده فلان وفلان الصغار فى حجره فى جميع الأملاك بكذا، حدودها كذا أو الدار بكـذا، وحدودها كذا بحقوقها وحرمها وكافة مرافقها، وعلى من يولد له بعد من الأولاد إن قضى الله تعالى بذلك على السواء بينهم والاعتدال ثم على أعقابهم وأعقاب أعقابهم ما تناسلوا، وامتدت فروعهم لا يدخل فى ذلك الأبناء مع الآباء، ومن مات منهم عن غير عقب رجع نصيبه إلى الباقين على الشرط المذكور، فإن انقرضوا عن آخرهم ولم يوجد منهم أحد رجع ذلك حبساً على المرضى بمدينة كذا أو على مسجد كذا تصرف غلات الأملاك المذكورة عاماً بعام بعد أن تقام منها مصالح الأملاك من بناء وغيره مما تستدام به غلتها حبسها تاماً مؤبداً كما ذكر لا يغير عن حاله ولا يبدل عن سبيله حتى يرثه الله قائماً على أصوله محفوظاً على شروطه وارث الأرض ومن عليها وهو خير الوارثين أراد المحبس بذلك وجه الله العظيم ورجا عليه ثوابه الجسيم، والله لا يضيع أجر من أحسن عملا، فمن سعى فى تغييره أو تبديله فالله حسيبه وسائله وولى الانتقام منه، وسيعلم الذين ظلموا أى منقلب ينقلبون، وتولى المحبس المذكور احتياز ذلك لأولاده المذكورين ولمن يولد له، وللمرجع بما أوجبته السنة من ذلك إلى أن يبلغ من حبس عليه ذلك فيتولى ذلك لنفسه وعرف المحبس المذكور قدر ذلك والواجب فيه وشهد عليه بما فيه عنه من أشهده به وعرفه وبحال صحة وجواز فى تاريخ كذا، فإن كانت دار سكناه قلت: ممن عاين الدار خالية من ثقله ومتاعه وأقفال المحبس لها، وهى بالحالة الموصوفة فى التاريخ.

بيان: إن عرف الشهود صغر البنين ضمنت ذلك لئلا يدعي الوارث أنه كان كبيراً حين العقد للحبس، وفى ذلك اختلاف، فقيل: إن على الابن أن يثبت أنه كان صغير، وقيل: القول قوله، وكذلك إن عرف الشهود صحة الملك فتضمن ذلك واتصاله إلى حين التحبيس فهو أتم للتحبيس، وكذلك إن كانت الأرض مزدرعة فالأولى إدخالها فى الحبس لأنه إذا كان زرع أو ثمره فحبسها لنفسه ومات قبل الحصاد والجذاذ بطل الحبس إذا كان ذلك فى الأكثر، وذلك فى الصغار فإن كان الحبس على كبار وقبضوا الأصول بذلك فالحبس جائز ولا يبطل، وإن بقى ذلك لأصحابه لأنهم قد قبضوا الأصول بما فيها، وإذا تنازعوا فى دخول الزرع أو الثمرة فى الحبس أو الصدقة، فإن كان الزرع لم يظهر والثمرة لم تؤبر القول قول المتصدق عليه، وإن كان ذلك قد أبر فالقول قول صاحب الأرض فإن شرط إن لم أحتاج من المحبس عليهم أن يبيع حصته كتبت ذلك ويكون ذلك له بعد ثبوت عدمه وحلفه، وكذلك إن شرط التفاضل فى الحبس له التساوى أو دخول الأبناء مع الآباء تكتب من ذلك كله ما يشترطه المحبس وتبينه، وإذا قال: على ولدى وأولادى فإن ذلك يتناول جميع ولد الصلب وولد ذكورهم ولا يدخل فى ذلك ولد البنات، وكذلك إن قال: على ولدى وولد ولدى فلا يدخل أيضاً ولد البنات على المنصوص إلا أن يقول على ولد فلان وفلان وفلانة وأولادهم فيدخل ولد الأنثى باتفاق ولفظ بنى كولدى وعقبى كذلك، فإن كانت أنثى فليست بعقب ونسلى كذلك وذريتى يدخل فيه ولد البنات باتفاق ومالى وأهلى، قال ابن القاسم: هم العصبة، وقيل: الأهل من كان من جهة الأبوين قربوا أو بعدوا كالقرابة، ولابد من حوزة فى حياة المحبس وقبل

فلسه ومرض موته وإلا بطل،وذلك بالشهادة على المعاينة، ولا يجزى فيه الإقرار، قال ابن العطار: جرت الفتوى بأن التطوف مع الشهود وتخلى المحبس عن الحبس إلى المحبس عليهم بمحضرهم حيازة تامة وإن لم يعاين الشهود عمله فى الحبس، قال غيره: وإن لم يحرث ذلك أو يعمره حتى مات المحبس فلا يضره ذلك، والصدقة كذلك، وقد قيل: إنه لابد أن يحرث ذلك أو يعمره بعد المعاينة وإلا فلا تتم الحيازة، قال: والفتيا بخلاف ذلك، وإن عقد المحبس كراء أو مزارعة أو مساقاة بذلك يغنى عن الوقوف إليها ومعاينة نزول المحبس عليه فيها، وكذلك الصدقة، قال ابن أبى زمنين: وقد قيل: إن ذلك لا غنى عن الحيازة إلا أن يعاين الشهود نزول المكترى أو المزارع أو المساقى فيها وإلا فلا، وكذلك إن كان الموضع فى قفر من الأرض ليس فيه حيازة معلومة فالإشهاد كاف فى حيازته، وقيل: لابد من معاينة البينة التخلى والقبض، فإن ثبت أنه صرف منفعة الحبس فى وجوهها، ففى ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أن ذلك حوز،والثانى: أن ذلك ليس بحوز، والثالث: الفرق بين أن يكون مما له غلة كالأرض ونحوها فلا يكون ذلك فيها حوزاً وبين أن يكون لا غلة له كالسلاح ونحوه فيكون ذلك فيها حوزاً، فإن كان المحبس عليه فى ولاية المحبس فصرف المنفعة فى وجهها مع الإشهاد حوز باتفاق ولا يحتاج إلى أكثر من ذلك فإن أسلم الحبس أو الصدقة إلى الصغير وحازها قال ابن أبى زمنين: فذلك حيازة تامة أباً كان أو غيره وذلك نافذ له إلا أن ذلك يكره ابتداء، فإن وقع نفذ وكذلك الكبير المولى عليه، فإن كان صغيراً غير مولى عليه فيقدم المحبس من يقبض له منه، وتصح الحيازة، وكذلك فى الصدقة والهبة فإن كان

كبيراً غير مولى عليه فيقدم المحبس من يقبض له فذلك جائز فى الحبس خاصة، ولا يجوز ذلك فى الصدقة والهبة إلا أن يكون غائباً، وإن كان حاضراً فإنما يقبض هو أو من يقدمه هو لذلك، فإن عاد المحبس إلى سكنى الحبس الصدقة لاعتماره قبل مرور العام بطل ذلك، وإن كان ذلك بعد العام نفذ و لم يوهن ذلك الحبس أو الصدقة، ويكتب الكراء على نفسه فى ذلك ويشهد به، وقال ابن رشد فى ((التعقب)): إنما يصح ذلك إذا كان الحبس على كبار لأن يده قد ارتفعت عن ذلك بمرور العام، وأما إذا كانوا صغاراً فلا يصح هذا لأن الحوز يبطل ككون يده لم ترتفع عنه، فإن كان الحبس على كبير وصغير فلابد أن يقبض الكبير الحبس لنفسه، وللصغير بتقديم والده على ذلك، وللأب أن يقدم ثقة يقبض نصيب الصغير من ذلك، ولا يقبض الأب للصغير مع الكبير، فإن وقع ذلك بطل الحبس للجميع وصار ميراثاً إن لم يفعل فيه ما ذكر حتى مات المحبس فى قول ابن القاسم وروايته عن مالك، والصدقة والحبس عنده فى ذلك سواء، وخالفه بعض الرواة فى الصدقة وجوزوا نصيب الصغار من ذلك من جهة أنها تنقسم ووافقوه فى الحبس لأنه لا ينقسم، وبقول ابن القاسم العمل، ويجوز تحبيس الجزء المشاع، قال ابن حبيب: فإن كان مما ينقسم قسم فما أصاب التحبس من ذلك فهو على التحبيس، وما كان من ذلك لا ينقسم بيع فما أصاب المحبس من الثمن اشترى به ما يكون حبساً فيما سبيله فيه، قال ابن الحاج فى «مسائله»: ونزلت فى زمان محمد بن على القاضى فى فرن حبس منه جزء فأفتى الفقهاء بإعماله وإنفاذ الحبس، وقضى بذلك القاضى، وإذا قال المحبس: على السواء أو على التفضيل فيكون كما شرط، وإن سكت عن ذلك

فهو محمول على السواء، وللناظر فيه أن يفضل الفقير على الغنى وذا العيلة على غيره وإن كانت محبسة على عدد لا تحملهم فمن سبق لسكناها منهم فهو أحق، ولا يخرج أحد منهم لأحد ولا يكون لمن لم يجد فيها سكنى كراء على من سبق إليها في قول ابن القاسم، وخالف أشهب فى الكراء، فقال: يغرم الكراء، وعلى قول ابن القاسم العمل، وإن سافر الساكن فلا يكون لغيره الدخول فى مكانه إلا أن يكون سفره سفر نقلة، ولو خرب الوقف فأراد غير الواقف بناءه فللواقف وورثته منعه، فإن بنى فيه الموقوف عليه وأصلحه فله أن يحاسب بما أنفق من غلته حتى يستوفى نفقته أو يترك، فإن مات ولم يذكر محاسبة فإنه يكون لذلك حكم الوقف عند مالك قل ذلك أو كثر،ولا شيء لورثته، وقال ابن القاسم: للورثة أن يحاسبوا بذلك ويأخذوه، وقيل: إن كان قليلاً فهو كالوقف وإلا فلا.

وسئل ابن رشد فى رجل بيده فندق حبس فبناه ومات ولم يترك لما بناه ذكرا فأراد ورثته أن يرثوا فى الأنقاض والبناء الذى له فيه، فقال: قد اختلف أهل العلم فيما سألت عنه اختلافاً كثيراً، والصحيح عندى من ذلك الذى أقول به وأتقلده أن ينظر إلى ما زادت قيمة البنيان الذى بناه على ما هدمه، فإن كان استوفى ذلك فى حياته من فضل ما بين غلة الفندق على ما كان عليه وعلى ما صيره إليه فلا حق لورثته فيما بناه بعد وفاته، وإن كان لم يستوف ذلك فى حياته كان لورثته أن يستوفوا البقية من فضل ما بين الغلتين، ولا يكون عقد الكراء فى الأحباس على المعينين إلا للعام والعامين فقط إلا أن يكرى ممن يكون مرجعه إليه فيجوز إلى أكثر، قال ابن رشد: وأما الأحباس على المساجد والمساكين فلمتولى النظر أن يعقد الكراء فيها إن كانت أرضاً لأربعة أعوام، وإن

كانت دار العام واحد على ذلك جرى العمل، قال: فإن عقد الكراء لأكثر من ذلك لم يفسخ على مذهب ابن القاسم، وإذا تعدى المحبس عليه على الحبس فباعه فإنه يؤخذ من يد المبتاع، وعلى البائع الأدب فى ذلك إن كان عالماً بأنه حبس، وهل يرجع على المبتاع بالغلة والكراء؟ فى ذلك اختلاف، قال فى «الاستغناء»: يرجع عليه بذلك فى قول ابن القاسم على المشترى أنه حبس أو لم يعلم لأن الخراج بالضمان، ولا يرجع على قول أشهب، ودليل «المدونة» أنه يغرم ودليل رواية عيسى أنه لا غرم، قال ابن رشد: الغلة والكراء للمبتاع، ولا يرجع عليه بشىء من ذلك إذا لم يعلم بالحبس على ما اختاره الشيوخ وتقلدوه من الاختلاف فى ذلك، وبعد أن يحلف أنه لم يعلم به، وأما إن علم به فإنه يؤخذ بذلك باتفاق، وقال ابن سهل فى «أحكامه»: إن كان المحبس عليه هو البائع وكان والده أمره فينبغى أن لا يؤخذ المبتاع بشىء من الغلة،وإن علم حين ابتاعه أنه حبس، وقد نزلت بقرطبة فأثبت بذلك، وخالفنى فى ذلك غيرى، وهو خطأ فإن كان قبض الثمن رده، وإن كان قد استنفده ولم يجد من أين يأخذه فإنه يأخذ ذلك من غلة الحبس حياة المحبس عليه حتى يستوفى الثمن، فإن مات قبل أن يستوفيه رجع الحبس إلى مرجعه ولم يكن له شىء ويجوز التحبيس على الحمل وعلى من يولد من الولد، وفى جواز بيعه قبل يأسه من الولد قولان، وقال ابن الماجشون: يحكم بتحبيسه ويخرج إلى يد ثقة فيصح الحوز وتوقف غلته، فإن ولد له كان لهم وإلا فلأقرب الناس إليه، ومن حبس على قوم بأعيانهم ولم يذكر المرجع إلا أنه حبس عليهم فانقرض المحبس عليهم فروى أن ذلك يرجع إلى المحبس ملكاً أو إلى ورثته إن لم يكن حياً، وروى غيره أنه يرجع إليه أو إلى

أقرب الناس إليه حبساً فإن لم يكن له قرابة فإلى المساكين، فإن أتى بما يقتضى التأبيد مثل أن يقول حبساً مؤبداً على فلان وإن لم يذكر عقبه أو ذكر العقب فهو حبس مؤبد لا يرجع ملكاً أبداً باتفاق،وإذا رجع الحبس إليه بانقراض المحبس عليه فهو يجعله فى الذى يراه من سبل الخير والقرابة الذين يرجع إليهم الحبس، هم عصبته من الرجال ومن النساء من لو كان رجلاً كان عصبة، ولا يرجع إلى زوجة ولا إلى جدة لأم باتفاق، وقيل: لا مدخل فى ذلك للناس كلهن أصلاً، وإن شرط فى حبسه أنه إن انقرض المحبس عليهم عاد إليه إن كان حياً أو إلى ورثته إن كان ميتاً فله شرطه ولا ينفذ إلا من ثلثه حيز عليه فى حياته أو لم يحز، قاله ابن رشد، وهو على سبيل الوصية، وبذلك جاءت الرواية عن مالك وأصحابه، قال: فإن لم يحمله الثلث نفذ منه ما حمله، وكان الباقى ميراثاً بين ورثة المحبس يوم مات، وسئل أيضاً فيمن حبس حبساً على بنته وعقبها ثم على مستجد، وشرط أنه إن احتاج رجع فى حبسه وباعه، فقال: هذا الشرط إن كان فى أصل التحبيس يوجب صرف الحبس بعد موت المحبس إلى الذى له الوصية على مذهب مالك فينفذ من ثلثه أو ما حمله منه الثلث، ويبطل الباقى، ويملك الموقوف عليه الغلة والثمرة واللبن فى الحيوان والصوف، ونتاجها الإناث وقف، ويباع من ذكورها ما لا يحتاج إليه، ويترك منها ما يحتاج إلى الضراب وما كبر وذهبت منفعته كالفرس يهرم والثوب يخلق ونحو ذلك مما عدا العقار فجائز بيعه عند ابن القاسم ويوضع ثمنه فى مثله، وقال ابن الماجشون: لا يباع بحال وإن ذهبت منفعته، وكذلك الفرس لا يوجد من يعلفه ويقوم به فإنه يباع على مذهب ابن القاسم ويوضع ثمنه فى سلاح وشبهه، وقال ابن الماجشون: لا

يباع وإن تحقق هلاكه، وأما العقار فلا يباع باتفاق إلا أن يشترط ذلك المحبس ولا يعاوض منه، وإن دثر وخرب ما حوله، وبقاء أحباس السلف دائرة دليل على منع ذلك، قال مالك -رضى الله تعالى عنه- إلا أن يضطر إلى ذلك فى توسيع مسجد أو مقبرة أو طريق فلا بأس ببيعها لذلك والمعاوضة بها، قال بعض المتأخرين: وإنما ذلك فى المحاج العظام التى هى ممر الجيوش، وفى مساجد الجماعات التى تضيق عن أهلها وبذلك القضاء، وفى كتاب «الاستغناء» قال الفضل بن سلمة فى حبس المساكين يكون فى البلد فتيبس أشجاره وتقحط: بحبس الماء عنه، فقال: يرى القاضى فيه رأيه فى بيع أو شركة أو غير ذلك، قال ابن اللباد: أرى أن يباع إذا كان بهذه الحال، قال ابن خلف: وكذلك الموضع الصغير الذى لا يحرث وحده ولا ينتفع به فإنهم يرون بيعه وإدخال ثمنه فى غيره، قال: وهو الصواب، وجرى العمل عندنا ببيع ما لا نفع فيه منها، وهى فى «الواضحة».

وسئل ابن رشد فى قطعة أرض محبسة على رجل وهى متصلة بباب دار صنعه لرجل آخر وهى لا تنفك فى الغالب من أذى أهل الدار ولا حيلة فى فك الأذى عنها ويذهب صاحب الحبس أن يعاوض صاحب الصنعة بمكان غيره بسبب هذا الأذى، فقال: إذا كانت هذه القطعة قد انقطعت المنفعة منها جملة بما ذكرت فلم يقدر على اعتمارها وهى معطلة لا فائد فيها لعدم القدرة على دفع هذا الضرر فلا بأس بالمعاوضة فيها بمكان غيره يكون حبسا مكانها على ما قاله جماعة من العلماء فى الربع المحبس إذا خرب، ويكون ذلك بحكم القاضى بعد أن يثبت عنده السبب المبيح للمعاوضة والغبطة للمحبس، وأما نقض الحبس ففيه

اختلاف بين العلماء، فقيل: يجوز بيعه، وقيل: لا، وفى «الاستغناء» قال ابن عبد الغفور: ولا يجوز بيع مواضع المساجد الخربة لأنها وقف، ولا بأس ببيع نقضها إذا خيف عليه الفساد وتوقيفه لها إن رجيت عمارتها أمثل، وإن لم ترجع عمارتها بيع وصرف ثمنه فى غيره أو صرف النقض منه، قال المشاور: وذكر ابن المزين أنه يؤخذ نقضه وينتفع به فى سائر المساجد ويترك ما يكون علماً له لئلا يدرس أثره ويخرب، حكى ابن حبيب عن رجاله وابن القاسم لا يرى ذلك، وإن تهدم وخرب ولا يغير منه شىء عنده، وفى «مسائل ابن الحاج» قال فى المسائل التى رواها عبد الله ابن حنبل عن أبيه، قال: سألت أبى عن مسجد خرب أترى أن تباع أرضه وتنفق على مسجد استحدثوه؟ فقال: إن لم يكن له جيران ولم يكن له أحد يعمره فأرجو أن لا يكون به بأس أن تباع أرضه وتنفق على الآخر، وانظر ما ذكر أبو الفرج فى «الحاوى» فى بيع الوقف فإنه يضارع هذا، ومن هدم داراً محبسة وجب عليه ردها كما كانت، وإن أتلف حيواناً أو عرضاً أخذت منه قيمته وجعلت فى مثله، فإن كان الحبس علىالمساكين أو على مسجد.

فيكتب فى ذلك: عقد حبس فلان بن فلان جميع الدار أو الضيعة التى له بكذا على الفقراء والمساكين أوالمرضى بموضع كذا أو على مسجد كذا، يؤخذ فائد ذلك ويصرف للمساكين أو فيما يحتاج إليه المسجد من زيت وحصر، وما لا غنى له عنه علىالدوام حبسا تاماً مؤبداً ووقفاً صحيحاً لا يغير عن حاله ولا يبدل إلى أن يرث الله الأرض ومن عليها أراد به وجه الله العظيم وابتغى عليه ثوابه الجسيم، والله لا يضيع أجر من أحسن عملا، وتخلى عن ذلك وأسلمه إلى

فلان فقبضه منه بتقديمه إياه لذلك واحتازه على الواجب وشهد بذلك عليهما من عرفهما وبحال الصحة والجواز وعاين التخلى والجواز فى ذلك كما يجب فى كذا.

بيان: ويبدأ من فائد هذا الحبس بإصلاحه وبناء ما وهى منه، وكذلك الأحباس كلها، وإن اشترك المحبس خلاف ذلك لم يقبل منه ولا تصرف غلات الأحباس بعضها إلى بعض فيما يحتاج إليه عند ابن القاسم، وقال غيره: يجوز صرف ذلك إلى المساجد التى لا أحباس لها وذلك فيما فضل عما يحتاج إليه، وعلى القول الأول أكثر الرواة، وقال أصبغ وابن الماجشون فى «العتبية»: إن الأحباس كلها إذا كانت لله تعالى جاز أن ينفق بعضها فى بعض والسلف كذلك، فمن أجاز صرف ذلك أجاز السلف ومن لم يجزه منعه، وكتب شجرة إلى سحنون فى مسجدين أو ثغرين متقاربين من المرابطات وضع فى هذا سلاح وفى هذا سلاح ينتفع به المرابطون فيحتاج أهل أحد الموضعين إلى ما فى الآخر لينتفعوا به ويصرفوه: أن كل موضع أولى بما فيه.

وسئل ابن رشد فى مسجد جامع تهدمت بلاطة داره وليس فى مستغلات أملاكه ما يبنى منه بعد نفقات وقيده وأجرة أئمته وخدمته، وعندنا مساجد قد فضل من غلاتها كثير، فهل ترى أن تبنى البلاطات من فضلات هذه المساجد أو أن تؤخذ على السلف إلى أن ترد من غلات المسجد الجامع؟ فقال: ما كان من المساجد لا يفضل من غلات أحباسها إلا يسير فلا يجوز أن يؤخذ منه شىء لبنيان الجامع مخافة أن تقل الغلة فيما يستقبل فلا تقوم بما يحتاج إليه، وما كان منها يفضل من غلاتها كثير حتى يؤمن احتياج المسجد إليها فيما يستقبل فجائز

أن يبنى ما انهدم من الجامع بما إذا لم يكن فى غلات أحباسه ما يبنى به ما انهدم منه على ما أجازه من تقدم من العلماء فى هذا المعنى، والواجب أن يقدم بنيانه ورمّه على أجرة أئمته وقومته إلا أن يوجد من يؤم فيه ويخدمه بغير أجرة فيكون ذلك سبباً لتضييع الجامع وتعطيله.

وسئل أيضاً فى مسجد له غلة واسعة هل ستنفذ غلته فى أجرة إمامه وحصره وزيت وقيده ولا يوفر منها شىء أو يوفر من غلته وتوقف؟ وهل يبتاع بها أصل ملك يكون حبساً؟ فقال: لا يجوز أن تستنفذ غلة أحباس الجامع فى أجرة إمامه وقومته وحصره وزيت وقيده، والواجب فيما فضل من غلته بعد أجرة إمامه المفروضة له بالاجتهاد وبعد أجرة قومته وما يحتاج إليه من حصر وزيت بالسداد فى ذلك دون سرف أن توقف لما يحتاج إليه من نوايبه ولما خشى من انتقاص غلته، وإن كان فى الفاضل منها ما يبتاع به أصل ملك يكون كسبيل سائر أحباسه فذلك صواب ووجه من وجوه النظر. وفى «مسائل ابن الحاج»: سئل فى حبس على مسجد كيف يصرف فيه؟ فقال: الواجب على القاضى أن يفحص عن أصل هذا التحبيس فإن وجده وثبت عنده امتثل نصه، وإن لم يجده وعمى خبره تحرى فى الحبس وصرفه فى الأهم من مصالح الجامع مثل زيت يستصبح به وحصر وبنيان مارث من حيطانه، فإن فضل شىء من الغلة على ذلك استأجر من يقيم فيه الخطبة والصلاة إن لم يجد من يقيمهما طائعاً، قال: وبذلك أفتى ابن رشد أن تقدم مصالح المسجد على أجرة الإمام، وقال فى موضع آخر من «مسائله»: أفتى أبو عمر بن القطان فيما جهل سبيله من الأحباس أن يوضع فى بناء السور، وأما ما علم سبيله فلا، وأنا أقول ما جهل سبيله منها فلا يوضع

إلا فى الفقراء والمساكين، وذلك على قول مالك -رضى الله تعالى عنه- وفى كتاب «الاستغناء»: قال المشاور: ولا تكون أجرة الناظر فى الأحباس إلا من بيت المال وأما من الأحباس فلا، وإن أخذ منها رجع عليه بها وأخذت منه لأن ذلك تغيير للوصايا، وكذلك من قسم وصية وأخذ منها أجراً فإنما يعطيه الورثة من أموالهم، وبمثل ذلك قال ابن ورد فى أجرة الناظر فى الأحباس،وقال: إنه لا يجوز له أن يأخذ من الأحباس أجرته إلا أن يكون أصل تحبيسها مجهولاً لا يعلم على من حبست فى الأصل فربما ساغ ذلك بالاجتهاد، وخالفه عبد الحق بن عطية فى ذلك، وقال: إن ذلك جائز، وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا لم يكن فى الموضع من ينظر فى أمر الأئمة لموت القاضى أن ما يشتبه فللجيران أن يقدموا إماما يرضونه وله أن يأخذ أجرة على ذلك مما استفيد من غلة الحبس على ما يحتاج إليه فى رمها ومؤنتها وتحصين المسجد وإصلاحه فما أخذ على هذا الوجه فلا سبيل لأحد فيه، وما أخذ زائداً على ذلك أخذ منه وجعل فى مصالح المسجد وإصلاحه وتثبت الأحباس القديمة بشهادة السماع.

ويكتب فى ذلك: عقد شهوده يحوزون الدار الكائنة بكذا حدودها كذا، ولم يزالوا يسمعون سمعاً فاشياً مستفيضاً على ألسنة أهل العدل وغيرهم أنها حبس على بنى فلان أو على مسجد كذا ويعرفونها تحاز بما تحاز به الأحباس وتحترم منها، واتصل ذلك فى علمهم حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

بيان: لابد أن تقول فى هذا من أهل العدل وإن سقط ذلك فسدت الشهادة، وقولنا ويعرفونها تحاز بما تحاز به الأحباس وتحرم بحرمتها، قال ابن رشد فى «مختصر الحربية»: إذا لم يشهدوا بذلك على المعرفة فليست شهادتهم عاملة، وفى

«أحكام ابن سهل»: وإنما تحاز عطف على السماع، وقال: إنه بذلك جرى العمل، وفى «الوثائق» الوجهان لابن العطار وغيره، قال ابن العطار فى «وثائقه»: ويعرفونها ولا يجوز ذلك إلا فيما بعد من الزمان كالخمسين سنة والستين والأربعين، وروى أنها تجوز فى العشرين ولا يستخرج بها شيء من يد حائز، وإنما يجوز ويحكم بها فيما لم يكن تحت يد أحد إلا أن يكون من أهل الغصب والتعدى، ويثبت ذلك فتكون يده كلا يد، ويحكم فيها بشهادة رجلين عدلين وشهادة رجل وامرأتين، وقال عبد الملك: لابد فيها من أربعة من الرجال لأنها نقل شهادة، قال ابن رشد: وكذلك يجوز أن يثبت بالسماع أن فلاناً من عقب فلان المحبس ولا عقب له سواء إذا عجز عن البينة القاطعة فى ذلك، ويثبت أيضاً بإقرار بعض الأعيان.

ويكتب فى ذلك عقد: أشهد فلان على نفسه قولاً بالحق ووقوفاً عنده أن الدار أو الموضع الذى بيده بموضع كذا حدودها كذا محبسة عليه من تحبيس غيره، وعلى عقبه ما تناسلوا، ومرجعه بعد ذلك إلى المرضى أو إلى المساكين تذكر من ذلك كله الوجوه التى تريد، وأنه لا حق له فى ذلك إلا ما يجب له بالحبس خاصة ولا شعبة تملك فيه له ولا لأحد، إشهاداً صحيحاً عرف قدره، وشهد على إشهاده بذلك فى كذا. وينفذ هذا الحبس بهذا الإقرار ويلزمه ورثته بعده، ويحمل من ذلك ما تحمل، ويكون غلته كذلك، ولا يسمى الذى حبسه، فإن فعل فلابد أن يثبت ملك الذى حبسه له وإن لم يصح ذلك لم يصح إقراره لأنه شاهد، وشهادة الواحد لا تجوز فى الحبس وإذا دعا بعض أهل الحبس إلى قسمته قسمة اغتلال وأبى بعضهم فذلك لمن دعا إليه إن كانت أرضاً بيضاء

ونحوها مما ينقسم، وإن كانت ثمرة فلا تجوز قسمتها حتى تطيب فتقسم ويأخذ كل منهم ما لهم منها، بذلك أفتى الفقهاء بقرطبة أن يجبر على قسمته قسمة اغتلال من أباها، ويحدث من الموت أو الولادة ما يغير ذلك، قال ابن عتاب: وفى ذلك اختلاف موجود فى «المدونة» وغيرها، وأما قسمة البتات فهى ممنوعة باتفاق.

فصل الصدقات

تصدق فلان على ابنه فلان أو على أخيه فلان بجميع الدار أو الموضع بكذا حدودها كذا بحقوقها وحرمها ومنافعها صدقة تامة مبتولة صرفها من ماله وأبانها عن ملكه، وصيرها مال المتصدق عليه فلان وملكه قاصداً بذلك وجه الله وحسن ثوابه، وقبل ذلك منه فلان، وتخلى له عنها فقبضها منه واحتازها على الواجب شرعاً، وشهد عليهما بذلك من أشهداه به فى الصحة والجواز، وعرفهما وعاين التخلى والقبض والحوز فى ذلك كما يجب، وفى تاريخ كذا، وإن كانت على صغير فى حجره فالإشهاد كاف، ولا يحتاج فى ذلك إلى معاينة إلا أن تكون دار سكناه المعروفة لذلك فلابد من إخلائها ومعاينتها خالية من ثقله ومتاعه وأسبابه.

ويكتب فى ذلك عقد الصدقة كما تقدم نصه: فى أول العقد إلا أن تقول أنه صغير فى حجره وفى آخر العقد ما نصه: وقبل ذلك من نفسه لابنه المذكور وتخلى عن ذلك وقبضه له، واحتازه بما يحوز به الآباء لمن يلون أمورهم من صغار بنيهم إلى أن يبلغ مبلغ القبض لنفسه فيتخلى له عن ذلك، وشهد عليه

بذلك فى كذا، فإن كانت دار سكناه زدت: ممن عاين الدار فارغة من ثقل المتصدق ومتاعه فى التاريخ.

بيان: جرت عادة الموثقين بأن يكتبوا فى صدقة الصغير: وقبض ذلك الأب بما يقبض به الآباء لمن يلون أمورهم، وروى عن ابن القاسم أنه كره أن يذكر ذلك، ورأى السكوت عنه أحسن لأن السنة قد أحكمت أنه القابض لنفسه، وإذا كانت دار سكناه وألحق بالصدقة جميع ما فى الدار من متاع وأسباب، وأشهد بذلك واستمر على السكنى حتى مات، فهل تصح الصدقة لأنه صار سكناه فيها كالنظر لابنه؟ ففى «وثائق ابن الطلاع» جواز ذلك وإن استثنى بيتاً من الدار لسكناه خاصة، فإذا مات لحق بالصدقة وهو فى القيمة أقل من ثلث الدار جاز ذلك، وإذا مات لحق بالصدقة فإن استثناه لنفسه ملكاً فإذا مات لحق بالصدقة لم يجز لأنها وصية لوارث، وإذا كانت الصدقة على من فى حجره بدور مختلفة أو مجتمعة فسكن منها دارا واحدة، فإن كانت قيمتها الثلث فأقل من جميع الصدقة فالصدقة جائزة فيما سكن وفيما لم يسكن، وإن كانت أكثر من السلف بطلت الصدقة فى جميع ما سكن منها وما لم يسكن فى قول ابن القاسم، وبه الحكم عند الشيوخ، وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون: إنه يبطل منها ما سكن، ويصح ما لم يسكن كان ما سكن قليلاً أو كثيراً، والصدقة فى دار واحدة أو دور، وفى «أحكام ابن سهل»: قال ابن زرب: إن عمر المتصدق الثلث فدون جازت الصدقة كلها، وإن عمر أكثر من النصف بطلت كلها، وإن عمر ما بين النصف والثلث بطل ما عمر، وجاز ما لم يعمر، وقع ذلك فى «سماع عيسى».

وسئل ابن رشد فيمن تصدق على ابن له كبير يملك لهَ في قرية مع دار له بها فحوزه الملك ولم يحوزه الدار وسكنها المتصدق حتى مات هل تكون الدار داخلة في الصدقة أم لا؟ فقال: هي داخلة في الصدقة، ولا فرق بين أن يتصدق عليه بدارين فسكن إحداهما وبين ذلك، وقد قال ابن زرب فيمن تصدق على ابنه بنصف جميع ماله وله عقار وثياب ودواب وعين أن الصدقة تجوز له فيما سكن من الدار وما لبس من الثياب، وفيما كان له من الناض إذا كان ذلك كله تبعاً لما لم يسكنه من العقار والعروض والحيوان، ولا معنى للاعتبار بأن يكون ذلك من جنس ما حوزا ومن غير جنسه، وفي «مسائله» أيضاً: من تصدق على بنيه بصدقة وشرطه على نفسه عشر غلتها فذلك جائز، وإذا أراد بنوه أن يقتسموها فلهم ذلك، ويأخذ من الغلة من كل نصيب العشر، فإن استثنى من الغلة النصف أو الثلث لم يجز، وإذا رجع المتصدق إلى دار الصدقة بإسكان أو إعمار أو اكراء أو غير ذلك فسدت الصدقة، وإن كان المتصدق قد حازها قبل ذلك، وكذلك إن كتب له المتصدق عليه كتاباً بالكراء، أو السكنى أو الإمتاع ولم يعمرها المتصدق فهو أيضاً بمنزلة ما لو سكن أو عمر، وهي باطلة إلا أن يكون مريضاً أو طريداً فآواه فهو كلا رجوع ولا يضر ذلك الصدقة، فإن كان ذلك الرجوع بالإرفاق أو الكراء أو العمرى أو غيرها بعد أن حازها المتصدق عليه سنة فهل تبطل الصدقة أم لا؟ في ذلك قولان، والمعلوم من قول ابن القاسم أنه إذا كان ذلك بعد سنة أنها تنفذ، وهو قول مالك في «سماع ابن القاسم» و «سماع عيسى»، وقال مطرف وابن الماجشون: إن الهبة تبطل برجوع الواهب إلى سكنى الدار، وإن كان قد أخلاها الزمن الطويل وحازها الموهوب له إذا سكنها

فى رجوعه حتى يموت وبه أخذ ابن حبيب، قال ابن رشد: إنما يصح القول بحيازة العام فى الكبار المالكين أمورهم، وأما الصغار فمتى سكن أو أعمر ولو بعد عام بطل، وكذلك فى «كتاب ابن المواز»، فقف عليه، وفى «مسائل ابن الحاج» ذكر ابن العطار وأصحاب الوثائق أن الصدقة إذا كانت لها غلة وكانت على صغير، وثبت أن الأب أدخلها فى مصالحه أن الصدقة باطلة كالدار يسكنها الأب، ومثله فى «المدونة» لابن زمانة ودليل رواية عيسى عن ابن القاسم فى رسم يدير ماله أن الصدقة نافذة، وغاية ذلك أن الأب تعدى على ابنه فى الغلة فعليه غرمها له، وكذلك لأصبغ فى «الواضحة» أن الصدقة جائزة وهى بخلاف السكنى، وأفتى ابن عتاب فى ذلك مع الشيوخ ثم قال: وقيل الصدقة جائزة وإنما تعدى الأب على الغلة وهو قول أصبغ ودليل «العتبية»، وحكى ابن عبد الغفور فى كتاب «الاستغناء» هذا القول ببطلان الصدقة إذا استغلها الأب ثم قال: وكذلك حكى أبو زيد بن أبى الغمر، قال أبو زيد: وذلك أن تكون قرية فيأكل الأب قمحها وشعيرها والشىء الذى يخرج منها بعينه، قال: وإن كان الذى أكل ثمن الغلة بعد بيعها وثبت أنه أدخله فى مصالحه فالصدقة ماضية للابن، ولا يفسد ذلك الصدقة، ففرق أبو زيد بين نفس الغلة وثمنها، قال ابن رشد: وهو محمول فى الأرض على أنه إنما كان يعمرها لبنيه المتصدق عليهم حتى يثبت أنه كان يعمرها لنفسه، وفى الدار على أنه كان يسكنها ويشغلها بمتاعه حتى يثبت إخلاؤها لها، وفى «أحكام ابن زياد» لابن لبابة وغيره أن من ادعى فى الدار أنها كانت لسكنى الأب المتصدق فعليه البينة بذلك، وهو خلاف قول ابن رشد، وفى «سماع أصبغ» سمعت ابن القاسم يقول فى الذى تصدق على ولده الصغار

بصدقة لها كراء وغلة ويكرى ذلك باسمه أن ذلك لا يبطل الصدقة إذا كان قد أشهد على أصل الصدقة، وأنكر قول من يقول لا تجوز الصدقة إذا كتب الأب الكراء باسم نفسه، وقال: من يكرى للصغير ويشترى ويبيع إلا أبوه، ومن تصدق على ابنين له كبير وصغير بصدقة أو على صغار فباع أحدهم فى حياة أبيه فإن الكبير يقبض لنفسه وللصغير بتقديم الأب، فإن لم يقبض ذلك حتى مات الأب بطلت الصدقة للصغير والكبير فى قول ابن القاسم فى «المدونة»، والحبس أيضاً مثله، ووافقه جميع الرواة عن مالك فى الحبس قالوا: لأنه لا ينقسم، وخالفوه فى الصدقة والهبة، وأجاز للصغير نصيبه لأنه ينقسم، والأب يحوز له، وبقولِ ابن القاسم العمل، وفى «سماع يحيى»: سألت ابن القاسم عن غلام بلغ الحلم وهو فى حجر أبويه قد قرأ القرآن غير أنه لا يعرف بصلاح ولا فساد تصدق عليه أبوه بصدقات ثم مات الأب أترى الأب يحوز على مثل هذا؟ قال: نعم سمعت مالكاً يقول: يحوز الأب على ابنه المحتلم إذا كان فى حجره حتى يؤنس منه الرشد، ويكون فى حسن نظره لنفسه بمنزلة اليتيم الذى يلزم القاضى أن يدفع إليه ماله والصدقة إذا كانت لشخص معين لازمة بالقول، ولا تصح إلا بالحلول، فإن أبى بعد ذلك من الحوز جبر عليه، وقال أهل العراق: إنها لا تلزم بالقول وإن له الرجوع فيها ما لم يقبضها المتصدق عليه، فإن مات الموهوب له قبل القبض فإن ورثته يقومون مقامه فى قبضها وهم المطالبة بها، وإن مات الواهب قبل الحيازة بطلت الهبة وبقيت لورثة الواهب، قال أبو عمر فى «الكافى»: قد روى عن مالك أنه إذا أشهد الواهب على نفسه بالهبة ومات فإنه يحكم للموهوب له بها كما لو مات الموهوب له حكم بها لورثته، والأول هو

المعول عليه عند جمهور المالكيين، وقد حكى المازرى القولين فى العلم، وإذا بطلت الهبة بموت الواهب قبل الحيازة فلا تخرج من ثلث ولا غيره إلا أن يكون الموهوب له غير وارث ويقول فى مرضه: أنفذوها من الثلث، هذا إذا كانت الهبة فى الصحة، قال ابن القاسم: فإن كانت الهبة فى المرض فهى وصية قبضت أو لم تقبض، قال: أنفذوها أو لم يقل، وفى كتاب «الاستغناء»: من تصدق بصدقة على رجل وعرفه بها فسكت ولم يقل قبلت وتركها زماناً ثم قام عليه فيها كان له ذلك، فإن طلب غلتها حلف أنه لم يتركها على وجه الترك ورجع بها، قال: وإن تصدق على رجل بصدقة ثم غاب المتصدق قبل الحيازة أو فقد ثم قام المتصدق عليه فقبضها فإنها توقف، فإن رجع قضى عليه بها، وكذلك من علم أنه صحيح قبل قيام القائم عليه إن لم يرجع ولا علم أمره فهى مردودة إلى الورثة، وقيل: إن علمت صحته لا يقضى له بشىء لأنه لا يدرى ما لحقه من دين أو غيره، والقولان فى «الواضحة»،وإن تعدى عليها فباعها قبل الحيازة ولم يعلم بذلك فله طلبها ورد البيع ما كان المصدق حياً، فإن مات قبل ذلك فلا شىء للمتصدق عليه من ثمن ولا غيره، وقال أشهب: إذا باعها الواهب قبل القبض وحازها المشترى فالبيع نافذ، ولا شىء للمتصدق عليه من ثمن ولا غيره، وإن كان المتصدق حياً، والأول قول ابن القاسم وبه العمل والهبة، كذلك إذا وهبها لغير المتصدق عليه قبل أن يقبضها فله فسخها والصدقة له ما كان المتصدق حياً عند ابن القاسم، وقال غيره: هى للثانى إذا حازها، والحائز أولى، ومن تصدق بصدقة فلا يحل له الرجوع فيها، ويكره له أن يسترجعها بشراء أو هبة أو غير ذلك إلا أن تصير له بميراث فيسوغ له تملكها بذلك كان ذلك قبل

الحيازة أو بعدها، والصدقة إذا كانت لغير معين كالمساكين والمرضى ونحو ذلك فإن المتصدق يؤمر بإنفاذها ولا يجبر عليها بالحكم، قال ابن الحاج فى «مسائله»: إذا كانت الصدقة والهبة فى يمين المعينين أو غير معينين فذلك سواء ولا يجبر عليها، وإن كانت فى غير يمين فإن كانت لمعينين فلا خلاف أنه يجبر على دفعها، وإن كانوا غير معينين كالمرضى ونحوهم ففيها قولان فى حبس «المدونة»، وفى الهبات منها.

وسئل ابن رشد فى رجل وهبته امرأته هبة ثم تشاجرا فظن أن زوجته منت عليه بها فأقسم بالهبة صدقة على المساكين إن قبلها طول حياة الزوجة، فقال: تلزمه اليمين، وتتعلق بالهبة، وتجب عليه الصدقة بها على المساكين إن ردتها عليه فقبلها إلا أن لا يقضى عليه بذلك.

وسئل ابن الحاج فى رجل تصدق بصدقة على ابنه ثم بعد للمرضى ومات الابن فطلبه المرضى، فقال: إنه يجبر عليها لأنها انتقلت إليهم من معين، وقال: سئل ابن زرب عن رجل تصدق أو وهب لمسجد بعينه هل يجبر على إخراجها وإنفاذها أم يؤمر بذلك؟ فقال: بل يجبر كمن تصدق على رجل بعينه، وسئل عنها أحمد بن عبد الملك، فقال: يؤمر بها ولا يجبر عليها، وسئل عنها غيره، فقال: لا أدرى وتوقف.

وسئل ابن رشد فى رجل أخرج مالاً للصدقة فعزل منه شيئاً سماه بلسانه لمسكين بعينه ثم بعد ذلك بدا له فصرفه لمسكين آخر هل يباح له ذلك؟ فقال: إن كان هذا الرجل الذى عزل من المال الذى أخرجه للصدقة شيئاً منه لمسكين

بعينه سماه له نوى أنه يعطيه له و لم يبتله له بقول ولا نية، فيكره له أن يصرفه إلى غيره، وإن كان بتله له بقول أو نية فلا يجوز له أن يصرفه إلى غيره وهو ضامن له إن فعل وكذلك ما جعل إليه تنفيذه مما أخرجه غيره للصدقة سواء، ومثله فى المعنى الذى يأمر للسائل بشيء أو يخرج إليه بشيء فلا يجده يكره له أن يصرفه إلى ماله ولا يحرم ذلك عليه إن كان إنما نوى أن يعطيه إياه و لم يبتله له بقول ولا نية.

وسئل -رحمه الله تعالى- فى رجلين أسرا بدار الحرب فوهب رجل من المسلمين غلاماً ليفتدى به الرجلان المأسوران فوجد أحدهما و لم يوجد الآخر ولا علم له مستقر ولا عرف له موت ولا حياة ففك بالعبد الأسير الموجود وبقى الآخر، فقال: يلزم ولى الأسير الذى فدى الأسير بجميع العبد أن يغرم نصف قيمة العبد يوم فدائه الأسير، فيكون موقوفاً ما رجى وجود الأسير الآخر وافتكاكه به، فإذا يئس من ذلك وانقطع الرجاء فيه رجع ذلك إلى الواهب إن قال: إنه لم يهب ذلك للأسير وإنما أراد فكه به من الرق الذى أصابه،ويستحب أن يجعله فى أسير غيره، وإن قال: إنه وهب ذلك للأسير كان ذلك موروثاً عنه إذا وجب ميراثه والولى الذى فدى بالعبد أسيره أن يتبع أسيره بقيمة نصف العبد بعد يمينه أنه إنما فداه به على أن يتبعه بقيمته إن أغرم إياها، والنفقة بينهما على ما أنفقها، ومن وهب لغائب هبة وأعلن بها وأشهد عليها وتخلى عنها صحت الهبة، وقيل: لا تصح حتى يخرجها إلى من يحوزها للغائب، فإن كانت الهبة لرجلين أحدهما غائب كان قبض الحاضر حيازة له وللغائب، فإذا قدم فإن قبلها وإلا رجعت حصته إلى الواهب، قال سحنون: قلت لابن القاسم فإن تصدقت

على رجل بأرض لى بإفريقية وأنا وهو بالفسطاط فقال المتصدق عليه: اشهدوا أنى قد قبضت وقبلت؟ فقال: لا يكون من أب على ولد له صغير فهى له، وأما الكبير فلا شيء له فيها فرط فى الخروج إليها أو لم يفرط. وفى كتاب «الاستغناء» حكى عن ابن يزيد أنه فيمن قال لابنه: اعمل فى هذا الموضع كرماً أو جناناً أو ابن فيه داراً ففعل الولد فى حياة أبيه والأب يقول: كرم ابنى، وجنان ابنى أن القاعة لا تستحق بذلك وهو موروث، وليس للابن إلا قيمة عمله منقوصاً، قال: وأما قول الرجل فى شيء يعرف له: هذا كرم ولدى أو دابة ولدى فليس بشيء ولا يستحق منه شيء للابن صغيراً كان أو كبيراً إلا بالإشهاد بصدقة أو هبة أو بيع، وكذلك المرأة، وقد يكون مثل هذا كثيراً فى الناس فليس بشيء.

وسئل: ابن رشد فيمن تصدق على ابن له كبير بأملاك وأشهد الأب بتبتيل الصدقة والابن بقبولها ووقع القبض فى بعضها بالمعاينة وبقى سائرها لم يتطوف عليه ولا خرج إليه لكونه فى خطر مخوف من العدو ولا يدخله أحد إلا على عذر ولم يعتمر ذلك أحد إلى أن مات الأب، فقال: إذا حال الخوف بين الأصول إلى موضع الأملاك المتصدق بها قبل إمكان الإشهاد إليها، هذا معنى ما فى «المدونة» وغيرها، وفى كتاب «الاستغناء»: من تصدق بسهم مما لا ينقسم إلا بقبض الغلة كالرحى والحمام والفرن وما لا يحاز فيه الجزء إلا بخراب أصله وكانت له غلة فقبض المتصدق عليه الغلة فى حياة المتصدق مضت صدقته وتمت.

وسئل ابن الحاج فى امرأة وهبت زوجها رياضاً ثم عقد فيه الزوج مساقاة بينه وبين رجل ولم تشهد المرأة بالمساقاة على نفسها واستظهر الزوج بعقد المساقاة وبعقد آخر يتضمن أنه كان ينظر فى الرياض ويصلحه ويتولى ذلك بنفسه، فأفتى بإعمال الهبة وثبوت المساقاة فيها حيازة لها، وكذلك العقد الآخر حيازة أيضاً وأحد العقدين يغنى عن صاحبه ويقوم مقام الحيازة، وسئل ابن القاسم فى رجل قال: غنمى هذه ثلثاها على ابنى صدقة وثلثها فى السبيل ثم باعها ومات وابنه صغير، فقال: صدقة الابن ثابتة يأخذها من ماله لأنه الحائز لها، والذى سمى للسبيل فهو لا شىء لأنه لم يخرجه وجائز للرجل أن يتصدق بما له كله فى سبيل الخير والبر، وترك ورثته أغنياء أفضل، وكذلك له أن يتصدق على بعض بنيه دون بعض، وقال ابن الماجشون فى «الواضحة»: من تصدق بصدقة على المساكين ثم مات وترك ولداً فاحتاج ولده بعد ذلك فإن لهم الدخول مع المساكين.

والصدقة المحرمة على آل النبى صلى الله عليه وسلم فى قول كافة العلماء هى الزكوات والكفارات، وأما صدقة التطوع مثل أن جعل الرجل شيئاً من ماله صدقة على المساكين فاختلف هل يعطى فقراء آل النبى ﷺ من ذلك شيئاً أم لا؟ على قولين، وأما إن تصدق الرجل على من شاء منهم بما شاء من ماله تطوعاً فذلك جائز بلا خلاف، وحكم النبى ﷺ فى خاصته خلاف هذا، فإنه كان لا يقبل الصدقة ويقبل الهبة، واختلف فى تعيين آل النبى ﷺ على سبعة أقوال:

أحدها: أنهم بنو هاشم، قال ابن رشد: وإلى هذا ذهب أكثر أهل العلم، والثانى: بنو هاشم وبنو المطلب من بنى عبد مناف خاصة، قال: وإلى هذا ذهب

الشافعي، والثالث: أنهم بنو هاشم وبنو عبد مناف وبنو قصى ما تناسلوا وإن بعدوا، والرابع: أنهم بنو هاشم وبنو عبد مناف وبنو قصى ما تناسلوا، والخامس: أنهم بنو هاشم وبنو عبد مناف وبنو قصى وبنو كلاب وبنو مرة وبنو كعب ما تناسلوا، وإن بعدوا، والسادس: أنهم بنو هاشم وبنو عبد مناف وبنو قصى وبنو كلاب وبنو مرة وبنو كعب وبنو لؤى وبنو غالب، وإلى هذا ذهب أصبغ بن الفرج من أصحابنا، والسابع: أنهم قريش كلهم وهم بنو فهر فمن دونهم، وقيل: إنهم بنو النضر بن كنانة فمن دونهم ما تناسلوا، وإن بعدوا إلى هذا ذهب جماعة من الصحابة على ما روى عن ابن عباس، واختلف فى مواليهم، فقيل: إنهم يدخلون مدخلهم فيما يجب لهم من الحق فى الفيء والخمس، ويحرم عليهم من الصدقة، وقيل: لا يدخلون مدخلهم فى ذلك.

فصل الهبة

والهبة ثلاثة أقسام:

الأول: ما يقصد به التقرب إلى الله تعالى من صلة رحم أو لفقير أو ليتيم ونحو ذلك فحكم هذا حكم الصدقة فى جميع ما تقدم ولا رجوع فيها بوجه، وقيل: إن للأب اعتصارها وإن كانت هبة لله بخلاف إذا كانت بلفظ الصدقة فلا اعتصار فيها بوجه، الثانى: أن يكون للمودة أو الصدقة، الثالث: أن تكون للثواب فأما القسم الأول فهى حكم الصدقة كما تقدم، وأما القسم الثانى فلا رجوع فيها إلا للأب والأم فلهما أن يعتصراها ويرجعا فيها بشروط، فإن بين فى العقد شرط الاعتصار فهو أولى.

ويكتب فى ذلك: عقد وهب فلان لابنه فلان الصغير فى حجره أو الكبير المالك أمر نفسه جميع الدار أو الموضع بكذا بحقوق ذلك وحرمه هبة تامة سلط عليها حكم الاعتصار، وتخلى عنها وقبضها لابنه الصغير أو قبضها منه ابنه إذ هو كبير واحتازها على الواجب،وشهد عليهما بذلك فى كذا، وتبنى على ماتقدم فى الحيازة وغيرها.

بيان: هبة الاعتصار جائزة للأب وحده باتفاق، وللأم على الأشهر، وسواء كان الابن صغيراً أو كبيراً فإن كان الابن فقيراً فلا اعتاصر لأحد منهما، وكذلك إن كان أبوه ميتاًحين الهبة فلا اعتصار للأم فيما وهبت، وهل يلحق بالأبوين فى جواز الاعتصار الجد والجدة أم لا؟ فى ذلك قولان، وشروط الاعتصار أن لا يتداين الابن على الهبة، ولا يتزوج عليها ولا يبيعها ولا تتغير عنده بوجه، فإن وقع شيء من ذلك فلا اعتصار، وكذلك إن مات الواهب أو الموهوب له أو مرض أحدهما مرض الموت فلا اعتصار، وهبة الاعتصار جائزة فى الأصول وغيرها، وتعتصر الدراهم والدنانير ما لم تحل عن حالها: قاله فى «الاستغناء»، ولبعض فقهاء الشورى فيمن وهب لابنه الصغير هبة سلط عليها حكم الاعتصار ثم باعها بعد ذلك باسم نفسه ومات أن الثمن للابن فى مال أبيه، وليس بيعه باسمه عصرة منه إلا أن يشهد عند البيع أو قبله أن بيعه عصرة منه للهبة وإلا فلا، ولابن ورد جواب ظاهره خلاف هذا، وفى «مسائل ابن الحاج»: سئل فى رجل وهب لابنته الصغيرة داراً واحتازها ثم بعد ذلك أشهد أنه صيرها لها فى مائة مثقال تألفت عنده من أرطال غزل غزالها وغير ذلك، فأجاب: التصيير اعتصار للهبة، وتكون الدار للموهوب لها بالتصيير، وقال غيره

إن التصيير اعتصار، وينظر فإن كان ما اعترف به من الذهب نسبة صحيحة مثل أن يعرف أن الابنة كانت تغزل الغزل الكثير كغزل الذهب وما أشبهه مما يجتمع فيه مثل ذلك، وأنها ورثت من أمها مالاً فيكون ذلك لها، وإلا فيكــون هــذا التصيير كهبة أخرى إن ثبتت فيه الحيازة صحت وإلا سقطت.

ويكتب في الاعتصار: عقد اعتصر فلان جميع الهبة. التي وهب لابنه بكذا أو الموضع الكذا منها، وأبقى سائرها بيد ابنه على الشرط المذكور اعتصاراً تامــاً عاد ذلك إلى ملكه، وكان كما قبل الهبة ولم يبقى لأحد معه فيها حق وذلــك من قبل أن يحدث بالهبة ما يسقط له وجوب الاعتصار، وأشهد بذلك في كذا، فإن كان الابن كبيراً قلت: وبمحضر الابن وموافقته على ذلك وفي التاريخ ولا يجوز الاعتصار إلا للأبوين والجدين على خلاف،

وأما القسم الثالث: وهو هبة الثواب وهي جائزة عند مالك، ولا تكون من غني لفقير، ولا تحتاج إلى حيازة، والموهوب له مخير بين ردها أو الثواب عليها، وإن كان قد قبلها، والذى يلزم فيها هو قيمتها قائمة كانت أو فائتة، وهل يلزم الثواب بالدنانير والدراهم أم لا؟ في ذلك اختلاف، وإذا أطلقها الهبة حملاً على العرف فإن أشكل الأمر فالقول قول الواهب، ولا يحكم بالثواب في الهبة إلا أن يكون شيئاً له بال ومقدار يثاب على مثله وإلا فلا، قال أبو إبراهيم إسحق بن إبراهيم: وليس في الهدايا ولا التحف مكافأة ولا مثوبة إلا لمن اشــترطها عنــد إرسالها، وقال الشعباني: ليس على الفقهاء أن يستهدوا من الناس ولا أن يضيفوا أحداً ولا أن يكافئوه على الهدايا، وحكى ذلك عن مالك -رضــى الله عنــه-

وكذلك السلطان لا يكافأ ولا يكافئ، ذكره فى «الاستغناء»: قال لأن العرف جاز بذلك.

ويكتب فى هبة الثواب: عقد وهب فلان لفلان جميع الدار أو الموضع بكذا حدودها كذا هبة تامة صرفها من ماله وأبانها عن ملكه وصيرها مال الموهوب له وملكه على سنة هبة الثواب وحكمها وقبل ذلك الموهوب له،وأثابه عنها بكذا، ونزل واحد منهما صار له، وحل فيه محل ذى الملك فى ملكه على السنة والمرجع بالدرك، وشهد عليهما بذلك فى كذا، ولا ثواب فى الدنانير والدراهم إلا أن يشترط ذلك الواهب فيثاب عنها عرض، وكذلك لا ثواب بين الزوجين وكذلك ما يهديه الرجل للآخر عند القدوم من السفر أو الأعراس أو فى الأعياد وما يهديه القادم من السفر من التمر وغيره، وإن كان ذلك كله من فقير لغنى فلا ثواب فى ذلك، قال ابن العطار: إلا ما يهديه من الأكباش وغيرها عند العرس فإنه يقضى للطالب بالمكافأة على ذلك للعرف، وإن الضمائر منعقدة على أنه يهديه مثلها إذا كان له عرس ونزلت عندنا فقضى له بذلك وحاسبه بما أكل عنده فى ذلك الصنيع من قيمة ذلك، وإذا كان الموهوب حيواناً أو عروضاً أو غير ذلك فالعقد فيها للكبير والصغير كما تقدم إلا فى العين الدنانير والدراهم، فلا تصح الهبة فيها للصغير حتى يخرجها الأب عن يده بالمعاينة.

ويكتب فى ذلك: عقد وهب فلان لابنه فلان الصغير فى حجره وولايته كذا وكذا ديناراً من الذهب العين هبة تامة مبتولة صرفها من ماله وأبانها عن ملكه، وصير بها ذلك مال ابنه المذكور قاصداً بذلك وجه الله تعالى وثوابه، وأخرج ذلك ودفعها إلى فلان فقبضها منه بتقديمه إياه ليكون عنده وفى قبضه تصحيحاً

للهبة إلى أن يبلغ مبلغ القبض لنفسه، وشهد على الواهب والقابض للهبة المذكورين بما فيه عنهما، وعاين دفع الواهب لذلك، وقبض المقدم المذكور لها على الوجه المذكور وتصييرها عنده، وفى كذا.

بيان: لا تجوز الهبة فى الناض وإن طبع عليه حتى يخرجها عن يده إلى غيره بمحضر البينة فى رواية ابن القاسم عن مالك، وبذلك كان يفتى ابن زرب وغيره، وإلا لم تصح إن مات وهو بيده، وبذلك جرى العمل وروى المدنيون عنه خلاف ذلك، وأنه إذا طبع عليها وأبقاها عنده صحت الهبة فيها، وهو ظاهر قوله فى «الموطأ»، وبذلك كان أبو عمر الإشبيلى يفتى، وفى «أحكام ابن سهل»: قال ابن عتاب: واختلف فيما لا يعرف بعينه إذا وهبه الأب و لم يخرجه من يده إلى غيره، وفى «المدونة» لابن القاسم ما يدل على جوازه،وقال ابن الحاج فى «مسائله»: من وهب لابنه حلياً أو ذهباً فمن تمام الهبة أن يعاين الشهود قبض الموهوب له ذلك، فإن لم يعاين الشهود ذلك أو لم يكن إلا الإشهاد، وتوفى الواهب وهى فى يد الموهوب له فيدخلها الاختلاف الذى فى «المدونة» إذ قد يحتمل أن يكون قبضها فى مرض الواهب، ولو كانت بيد الواهب حتى مات بطلت بلا اختلاف، قال ابن حبيب: وسألت مطرفا وابن الماجشون عن الصدقة بالحيوان والعروض والحلى كيف يكون قبض ذلك؟ فقال: بالحيازة، فإذا ألفى شىء من ذلك بيد الموهوب عد موت الواهب وهو من يحوز لنفسه، فقال: لم يزل بيدى وفى حوزى منذ تصدق بها على حتى الآن، وقال الورثة: إنما صارت بيده بعد موته، فقال ابن الماجشون: لا يكتفى فى ذلك بكونها فى حوزه حتى تقوم البينة أنها كانت بيده وفى حوزه فى حياة المتصدق، وقال مطرف وأصبغ:

إذا كانت فى حين الاختلاف فى يد المتصدق، أو المرتهن وثبت لهما أصل الصدقة أو الرهن بالبينة فقد ثبت له، وعلى من أراد إخراجه من يده البينة، وإنما كان يتكلف هذا لو كانت فى حين الاختلاف بيد غيره، وفى «مسائل ابن الحاج»: قال مالك: ومن وهب لك دينا له عليك، فقول: قد قبلت حيازة، وإن كان على غيرك فجمع بينكما وأشهد لك ودفع لك ذكر الحق، فذلك نافذ، وإن لم يكن له ذكر حق، فإذا أشهد لك وأحالك عليه فقد قبضت، وكذلك إن أحالك به فى غيبة المطلوب وأشهد لك وقبضت، ذكر الحق، قال: وذكر ابن المواز أن من وهب دينا على رجل إن لم يكن له بكتاب فالإشهاد فيه حوز، قال ابن المواز عن ابن القاسم: إن أشهد وجمع بينهما فهو حوز،وإن لم يكن بكتاب وكذلك الصدقة فيه، قال: وهذا حوز الديون، قال أشهب عن مالك: ومن تصدق على ابنه الصغير بدين له على رجل فهى صدقة جائزة، وإن قبضه الأب بعد ذلك وبقى عنده إلى أن مات، ويؤخذ من مال الأب لابنه الصغير لأنه قد خير حين كان على الغريم، وكذلك هبة ما تحت يد المودع للكبير والصغير جائزة إذا علم المودع بذلك فى قول ابن القاسم، وما تحت يد المخدم والمستعير جائزة، ولا يشترط فيها العلم كالمودع بخلاف ما تحت يد الوكيل والمرتهن فلا يصح ذلك إلا بالحيازة، واختلف فى المستأجر، فقال أشهب: هو كالمودع، والذى عليه الجمهور هو أنه ليس بجوز إلا أن يهب الإجارة، وفى جعل المغصوب كالدين يجتزأ فيه بالإشهاد قولان، واختار ذلك سحنون، وأنكره غيره، ومن أرسل هدية فمات أحدهما قبل وصولها ففى «المدونة» ترجع إلى ورثة المهدى أو إليه إن كان حياً، وقال ابن حبيب: إن مات الواهب بطلت

بخلاف موت الموهب له، وقال ابن القاسم: إن كان لصغار ولده، ومن فى حجره جازت، وكذلك ما يستجلبه الحاج وغيره من الهدية لأهله وغيرهم، ومن دفع لرجل مالا يفرقه فى المساكين ويسبله فى سبيل الله فمات قبل أن يفرقه المدفوع له، فإن كان أشهد المدفوع إليه بذلك فإنه يمضيها بعد موته على ما أمر به، وإن كان لم يشهد رجعت إلى الورثة، ومن تصدق على ابنه الصغير بدنانير له عند رجل، وقال ذلك الرجل: أشهدكم أنها عندى، وأنى حزتها للمتصدق عليه ثم مات الأب فذلك نافذ للابن إذا علم أن الدنانير كانت عند الرجل للمتصدق عليه قبل الصدقة أو عاين الشهود قبضها عند الصدقة، وإن لم يعلم أن للمتصدق عليه الدنانير ولا عاين الشهود قبضها بطلت الصدقة ولم ينفعه إقراره بقبضها وقت الشهادة، وتؤخذ الدنانير منه وتصير ميراثاً، ذكر ذلك ابن سهل فى «أحكامه»، وسئل ابن زرب أيضاً عن الرجل يتصدق على ابنه الصغير بعروض يصفها ويريها الشهود ويحوزها لابنه ثم يموت الرجل فلا توجد فى تركته فهل يضمن قيمتها؟ فقال: لا، فاحتج عليه من حضر بالوديعة تكون عليه البينة ويموت المودع ولا توجد فى تركته بأنها مضمونة وتؤخذ من ماله، فقال: ليس هذا عندى كالصدقة، واحتج بأنه قد يمكن المتصدق أن يكون باعها قبل أن يحوزها منه، قال: ولو ثبت أنه حازها منه ثم مات ولم توجد فى تركته لم أشك حينئذ أن الضمان يلزمه، قال ابن رشد: وجواب القاضى فى هذه المسألة ضعيف، واعتراض من اعترض عليه صحيح، والحكم بقيمة الصدقة للمتصدق عليه واجب فى مال المتصدق، وفى «الكافى»: إذا حلى الرجل أو المرأة ولدا لهما صغيراً حليا، وأشهد له بذلك ثم مات، فالحلى الذى على الصبى له دون الورثة.

وفى «أحكام ابن أبى زمنين»: سئل ابن مزين عن الجارية البكر تتخذ شورة فى بيت أبيها أو أمها أو يشترى ذلك لها أبوها ثم يموت الأب فيريد ورثته الدخول مع الابنة فيها؟ فقال: أما ما كان من ذلك قد سماه الأب لها وأشهد أنه شورة لابنته أو لم يشهد عليه إلا أن الورثة يقرون أن ذلك كان لابنته مسمى ومنسوب إليها أنه شورة لها فلا دخول للورثة فيه، وحوز مثل هذا أن يكون بيد الابنة أو الأم لا يستطاع حوزه إلا بهذا لأنها لو ذهبت كلما عملت شيئاً أو اتخذته أو عملته لها أمها أو كسبه لها أبوها أن يكلف أبوها أن يبرز ذلك أو يشهد لها به لم يستطع على ذلك لأنه مما يستفاد الشيء، فالشيء على أنواع شتى.

وسئل ابن رشد فى رجل أنكح بنته من رجل فماتت البنت قبل الدخول وقام الزوج يطلب والد الزوجة بما اكتسبه لها ليجهزها به إليه؟ فقال: إن كان ما اكتسبه لها تبله، وأمضاه فهو موروث عنها وإلا فلا، وما توجد بيد أم الولد من متاع البيت فتدعيه لنفسها فإنه يحكم لها باليسير من ذلك مثل الحلى النافة والفراش واللحاف والثياب التى على ظهرها، قال ابن القاسم عن مالك فى ثيابها إذا كانت تستمتع بها وعرف أنها كانت تلبسها فأرادها لها، وإن لم يكن لها شهود على عطية سيدها ذلك لها، وأما الأمر المستنكر فلا يكون ذلك لها إلا أن تقوم البينة على هبة سيدها ذلك لها وقبضه منه فى صحته وهى فيما يهبه لها بمنزلة المرأة فى الحيازة وتقبضه هى لنفسها، قاله فى رواية يحيى، وقيل: إن لسيدها أن يقدم عنها من يقبض لها أو يقبض هو لها لأنها كالأمة وهو دليل ما فى «المدونة»، وبالأول مضى العمل، قال ابن رشد: وكان أبو عمر الإشبيلى

يرى العمل برواية يحيى، فإن عمل أحد بدليل «المدونة» مضى عنده ولم يــرد، وللزوجة أن تهب لزوجها جميع ما لها، أو ليس لها أن تهب لغيره أكثر من ثلثها، ولزوجها رد ذلك، واختلف فى الكفالة بأكثر من ثلثها، فأفتى ابن الشقاق بأن لزوجها رد فعلها فى ذلك، وأفتى غيره بأنه ليس له ذلك، فإن تصدقت بثلثها فى وقت ثم تصدقت بعده، فقال: إن كان بين الصدقتين عام فما فوقه نفذ ذلــك وإلا فلا.

وسئل ابن رشد فى عقد صدقة تضمن أن شهوده شهدوا أن المتصدق تصدق بها فى صحته وقام المعترض فيه بعقد آخر يتضمن أن الشهود شهدوا بها فى حال المرض، فقال: شهادة الصحة أعلم من شهادة المرض، وبمثله قال أصبغ معه.

فصل العمرى

والعمرى هى هبة غلة الأصول طول حياة المعمر أو مدة معلومة.

ويكتب فيها: عقد أعمر فلان فلاناً جميع الموضع أو الدار بكذا حدودها كذا بحقوقها ومنافعها عمرى سكنى وارتفاق طول حياته أو مدة من كـــذا، فـــإذا انقضت المدة رجعت إلى المعمر إن كان حياً أو إلى ورثته إن كـــان ميتـــاً أراد بذلك وجه الله العظيم وثوابه الجسيم، وقبل ذلك منه فلان وتخلى له عن ذلــك فقبضها منه واحتازها على الواجب، وشهد عليهما بذلك وعاين التخلى والحوز فى كذا.

بيان: لابد فى هذه العمرى من الحيازة كالهبة سواء وإلا لم تصح، والحيازة للصبيان فيها مثل ما تقدم فى الهبة، وللمعمر كراؤها العام والعامين خاصة إن كان طول حياته، ولا ينبغى كراؤها لأكثر من ذلك، فإن كانت لمدة معلومة فله عقد الكراء فيها إلى تلك المدة، وله بيعها من المعمر أو ورثته بالدنانير أو العروض نقد أو إلى أجل، وقيل: لا يجوز إلا بالنقد، قال ابن رشد: ويبيعها أيضاً بسكنى دار له أخرى جائز سنين معلومة على قول سحنون وطول حياته على قول ابن القاسم، وفى «الاستغناء»: يجوز أن يتصدق الرجل بثمر جنان لعام أو أعوام فيكون القبض لها بقبض الجنان والنظر فيه، ويجبر على دفعه إليه، قال المشاور: ونفقة السقى والعلاج فى المدة التى لا تثمر فيها على ربها، ويتولى ذلك الموهوب له، فإذا طلعت الثمرة انتقلت الثمرة إليها، وفى «مسائل ابن الحاج»: سئل فى عمرى استغلها المعمر، فقال: العمرى نافذة للابنة، ولا يوهنها ما ثبت من استغلال المعمر لها بنفسه، وإدخاله الغلة فى مصالحه، ولها أن تأخذ من تركة المعمر ما اغتله من ذلك.

فصل المنحة والإخدام

والمنحة هى هبة غلة الحيوان والإخدام هبة خدمة العبيد.

ويكتب فى المنحة: عقد منح فلان فلاناً كذا وكذا رأساً من الغنم ليأخذ لبنها وصوفها مدة من كذا منحة صحيحة عرف قدرها، وأمضاها له راجياً الثواب، وقبل ذلك منه فلان، وقبض الغنم فصارت عنده على الواجب المذكور واحتازها على الواجب، وشهد عليها بذلك، وعاين التخلى فى ذلك فى كذا.

ويكتب فى الإخدام: عقد أخدم فلان فلاناً مملوكه المسمى بكذا ونعته كذا طول حياة المخدم أو مدة من كذا إخداماً صحيحاً عرف قدره وقبضه منه المخدم، وصار عنده على ماضى السنة فى الإخدام، وشهد عليهما بذلك، وعاين القبض والدفع فى العبد المذكور فى التاريخ، ولابد من الحيازة فى المنحة والإخدام وإلا بطلا، والرعاية على رب المنحة، ويجوز له شراء منحة بالدنانير والطعام والعروض حالاً وموجلاً لأن ذلك معروف، ولا يجوز لغيره، وفى نفقة العبد المخدم ثلاثة أقوال:

أحدها: أنها على سيده الذى له الرقبة، والثاني: أنها فى مال العبد يوقف ويأكل منه ويكتسى، والثالث: أنها على الذى له الخدمة ونفقة الفرس المحبس ليس على المحبس منها شيء، وعلى الذى حبس عليه أن يعلفه، فإن أبى رجع ملكاً إلى صاحبه إن كان حبسه عليه بعينه، وإن كان فى السبيل دفع إلى من يلتزم علفه ويجاهد عليه، فإن لم يوجد بيع ووضع ثمنه فى سلاح او نحو ذلك، ذكر ذلك ابن رشد فى «مسائله».

فصل الإرفاق

والإرفاق هو أن يرفق بجاره بجدار أو بمسقى أو طريق أو قاعة يبنى فيها.

ويكتب فيه: عقد أرفق فلان فلاناً بجداره الفاصل بين داريهما بكذا ليبنى عليه كذا أو بطريق يجتاز عليه بموضعه بكذا إرفاقاً صحيحاً أمضاه له لمدة من كذا أو إلى الأبد دون شيء يلزمه فى ذلك أراد بذلك وجه الله العظيم وحسن ثوابه الجسيم،وقبل ذلك منه المرفق فلان وشكره عليه، ونزل فى ذلك على الوجه المذكور، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: عن وقع الإرفاق إلى مدة معلومة لزمت، وكذلك إن قال: إلى الأبد، وإن سكت عن ذلك فإن احتاج إلى متاعه حاجة أكيدة فله أخذه، وإلا فلابد أن يمضى من الزمان ما يرى أنه قد انتفع المرتفق به بذلك كالسلف سواء، ويجوز أن يبيع الرجل من داره موضع جذع من حائط بثمن يقبضه لأمد معلوم أو أمد الرهن، وهى فى المدة المعلومة كالكراء، وفى الأمد كالشراء، وقوله ﷺ: «**لا يمنعن أحدكم جاره أن يغرز خشبة فى جداره**»[1] محمول عندنا على الندب، وهو عند أهل الظاهر على الوجوب، ومن هدم حائطه لضرورة أو انهدم وكان سترة لجاره فدعاه إلى بنائه فلا يلزمه ذلك، ويقال للآخر إذا لم يكن له فى الحائط ملك: أُستُر على نفسك فى أرضك إن شئت، وإن تداعى رجلان حائطاً بينهما فلم يقدر أحدهما على إثباته وقف إليه أهل البصر، فإن شهد به لأحدهما بما ظهر من عقوده ودلائله حلف معهما وكان له، ولابد من يمينه

---

(1) الحديث عند مسلم فى صحيحه بلفظ: ((لا يمنع أحدكم...))، وهو عند أحمد فى ((المسند))، والترمذى وابن ماجه، وأخرجه مالك فى ((الموطأ)).

معهما بخلاف إذا قام له شهيدان بأصل ملكه فلا يحتاج إلى اليمين، فإن أشكل أمره حلفا وكان بينهما، ومن نكل منهما لم يكن له فيه حق، والتخم بين الفدادين ونحوها كالحائط سواء إذا ادعاه أحدهما فيكون له مع يمينه، ولا عبرة بين أن يكون التخم مرتفعاً فى حد أرض أحدهما، وقيل: إنه يحكم به للأرض العليا التى هو فيها، وفى كتاب «الاستغناء»: قال سحنون: وما نبت فى التخم أو الجسر الصغير بين الأرضين من الزرع فهو بينهما كانت الزريعة واحدة أو مختلفة لأن الأرض بينهما جميعاً، قال غيره: وكذلك الشجرة تكون فيه، فإن غرس أحدهما فيه شجرة كان له نصفها بنصف أرضه ونصف قيمتها معلومة، فإن مالت إلى شريكه كان له على شريكه نصف قيمتها ثابتة، قال غيره: وهذا يدل من قوله على ان التخم بينهما ويحكم للدار بما يرفق به من مطرح تراب ومصب ميزاب، ونحو ذلك من حريمها إذا كان ما حواليها مواتاً، فإن كان ما حواليها متملكاً فيحكم لها من الحريم بما يرى أنه لها مما لا يضر بجاره، ولا تحاز الشوارع بالبنيان، ولا يمنع الباعة منها فيما خف ولا غيرهم، ومن سبق فهو أحق به من غيره، وحريم البلد ما يرتفق به لراعى مواشى أهله ومحتطبهم مما يلحقونه غدواً ورواحاً، والشعراء المتصلة بالعمران وأبوار القرى ومسارحها هى مضافة أيضاً إليها وحكمها لها، ولا تصرف للإمام فيها بإقطاع ولا غيره، وهى بين أهل القرية على أهل سهام القرية لا على عدد أهلها، ومن لم يملك فى القرية إلا أحقالاً بأعيانها فلا حق له فيها، واختلف إن ذهب أهل القرية إلى قسمتها وتنازعوا فى ذلك على قولين:

أحدهما: أنها تقسم فيرعى من شاء ويحرث من شاء، رواه يحيى عن ابن القاسم، والثاني: أنها لا تغير عن حالها، ولا تقسم بين أرباب القرية، وإنما تقسم الأرضون المعمورة، وهو قول أشهب، قال ابن رشد: وإذا اتفقوا على قسمتها فإنها تقسم بينهم على أصل سهام القرية، فإن اختلفوا فيها أعني في السهام تحاصوا فيها على قدر دعاويهم بعد يمين كل واحد منهم على ما يدعيه، ولا شيء فيها لمن لم يدع في أصل القرية سهما مسمى لا لمن كانت له فيها أحقال بأعيانها، قال: وإنما تقسم بينهم على عدد جماجمهم في وجهين:

أحدهما: أن يدعى كل واحد منهم جميع الشعراء لنفسه فيحلفون ويقتسمونها بينهم على السواء كالثوب بأيدى جماعة يدعيه كل واحد منهم لنفسه، والثاني: أن يدعوا أن الشعراء لهم ومن حق قريتهم،ويقول كل واحد منهم: لا أعلم كم حصتى منها، فإن كانت الشعراء أو المسرح أمام قريتين مقابلهما أو من ورائهما، فإنه يحكم لكل قرية منها بما قابلها وقابل حوزها ثم يكون ما صار لكل قرية ما بين أربابها على أصل سهامهم كما تقدم، وإن كان في حوز قريتين مثل أن تكون قرية في المشرق وأخرى في المغرب، وذلك بينهما بشرقي القرية الواحدة وغربي الأخرى، وادعاه أهل كل قرية منهم، فإنهم يؤمرون إثباته، فمن ثبت له أخذه، وإن عجز وأقسم بينهم بعد أيمانهم، فمن حلف استحق، ومن نكل بطل مطلبه ثم يقسم ما صار لكل قرية بين أربابها على أصل سهامهم،وللإمام أن يحمى ما يحتاج إليه، وقيل: إنما يحمى ما فضل عن منافع أهل الموضع،وحمى رسول الله ﷺ النقيع لخيل المهاجرين، وحمى أبو بكر وعمر -رضى الله تعالى عنهما- الربذة لما يحمل عليه في السبيل. وما تخرج من البحر

من عنبر ولؤلؤ فهو لمن وجده، ولا نظر فيه للإمام، وفى المعادن ثلاثة أقوال: أحدها: أنها لصاحب الأرض أو لأهلها إن كانوا أهل صلح، والثانى: أنها للإمام والثالث: الفرق بين أن يكون ذهباً أو فضة، فيكون للإمام أو غيرهما، فيكون لصاحب الأرض كما تقدم والماء إن كان يسيل من الجبال فى أرض موات الحكم فيه أنه يسقى به الأعلى فالأعلى إلى الكعبين ثم يرسله، فإن أحدث الأعلى سقيا يسقى بعد ذلك فالإقدام أحق به وإن كان أسفل، وإن كان يسيل وينبع فى ملك فهو لصاحب الأرض التى ينبع فيها يرسله متى شاء ويحبسه متى شاء، فإن اجتمع جماعة على إجراء ماء فى ساقية إلى أرضهم لم يقدم أحد منهم على آخر، وإن كان أعلى يقتسمونه بينهم بالقلل أو الخشب أو كيفما اتفقوا على سبيل اشتراكهم أول إجرائهم له، وإن كان الماء فى بئر حفرها فى ملكه فهو له أيضاً ملك، وله بيعه ومنعه إن شاء، وأما البئر فى الفيافى فلا تباع، قال الباجى: إلا إن شهد الحافر لها أنها ملك، وأما الصيد فإن كان فى أرض غير مملوكة فلا يمنع منه أحداً، وإن كان فى أرض مملوكة، فقال ابن القاسم: سألت مالكاً عن بحيرات مصر يبيع أهلها سمكها؟ فقال: لا يعجبنى ذلك، ولا أحب لهم منع أحد يصيب منها، وقال سحنون: لهم منعهم إن شاءوا، قال أشهب: إن كانوا طرحوها فتوالدت فلهم منعها وإلا فلا، وفى الكلأ ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يبيع ويمنع منه ما فى مروجه وحمى ملكه، ويباح ما فضل عنه مما فى فحصها من البذر والعفا إلا أن يحيط به زرعه فله منعه للضرر، وهو قول ابن القاسم ومطرف فيما روى عنه ابن حبيب، والثانى: أن ذلك كله سواء، وله بيعه ومنعه إلا فيما فضل عنه من العفا خاصة، وهو قول ابن الماجشون، والثالث: أنه كالماء

الجارى لا يحل منع ما فضل عنه سواء كان فى العفا أو غيره وهو قول أشهب، وإذا كانت ساقية مبنية فى الأرض يمر عليها فليس لأحد تحويلها عن موضعها إلا أن يتفق أصحاب الماء مع رب الأرض على ذلك باتفاق، وإن كان الماء يجرى على الأرض من غير عمل فى مسلك، ففي ذلك اختلاف، روى عن عمر إباحة ذلك، والمشهور أن ذلك لا يقضى به.

العارية، والوديعة، واللقط، واللقيط، والضوال

العارية مندوب إليها، وتصح من كل مالك للمنفعة، وإن كان ملكه لها بأجرة أو عارية ما لم يحجر عليه ذلك من استعار شيئاً لمدة أو اكتراه فله أن يعيره لمثله فى تلك المدة أو يكريه إلا أن يشترط عليه أن لا يفعل ذلك، قال ابن عبد البر فى «الكافى»: والعارية أمانة غير مضمونة من الحيوان كله من الرقيق والدواب، وكذلك الدور، وكل شيء ظاهر لا يغاب عليه لا ضمان فى شيء من ذلك إلا بما تضمن به الأمانات من التعدى والتضييع، وإذا ادعى تلف ذلك فالقول قوله مع يمينه إلا أن يتبين كذبه مثل الدابه يدعى موتها فى الحضر ولا يعرف ذلك لأن ذلك لا يخفى، وقد قيل: إنه إن لم يكن متهماً فلا يمين عليه، وأما ما يغاب عليه مثل الحلى والسلاح والمتاع كله الذى يخفى هلاكه فهو له ضامن إلا أن تقوم البينة على هلاكه من غير تفريط ولا تعد فيبرأ، وقيل: هو ضامن، وإن قامت البينة على هلاكه، وهو قول أشهب، فإن شرط الضمان، فقيل: له شرطه، وقيل: لا ينفعه ذلك فى قول ابن القاسم، وما علم أنه تغير بغير سبب المستعير كالسوس فى الثوب يحلف ما ضيع ولا فرط ويبرأ بخلاف قرض

الفأر فإنه يضمن فى قول ابن القاسم، وقيل: لا، والسوس لا يضمن فيه باتفاق إلا أن يفرط، وسئل ابن القاسم عن الرجل يستعير الثوب فيلبسه ويمسك مصباحاً فيسقط على الثوب، قال: فهو ضامن،وإن كان يسيراً أصلحه، وكذلك إن أحضر السيف مكسوراً أو الفأس، وادعى أن ذلك طرأ عليه فيما استعمله فيه فهو له ضامن إلا أن تقوم البينة على أنه طرأ ذلك عليه فيما استعمله فيه، وقيل: لا يضمن إذا أشبه قوله، ويرى أن ذلك انكسر فى العمل لأن ذلك لا يخفى، وهو قول عيسى بن دينار، فإن اختلفا فى رد العارية فإن كانت مما لا يغاب عليه فالقول قول المستعير مع يمينه، وكذلك إن كان وجهها له مع رسوله فالقول قوله، وقال أصبغ: إذا وجهها مع رسوله فلا يكون القول قوله، فإن كان المعير أشهد عليه بقبضها فيكون على المستعير البينة بردها سواء ردها هو أو رسوله، وإن كانت مما يغاب عليه، فالقول قول صاحبها على كل حال قبضها ببينة أو بغير بينة، وفى «سماع أشهب»: سئل مالك عن الرجل يأتى إلى الرجل، فيقول له: فلان بعثنى إليك لتعير شيئاً من مالك فيعير فيهلك، فقال: إن صدقه الذى بعثه فهو ضامن والرسول برىء، وإن جحد حلف ما بعثه ويحلف الرسول بالله لقد بعثه ولا شىء على أحد منهما لأن الرسول قد صدقه الذى أعطاه، وإن أقر الرسول أنه تعدى ضمن، وإذا ركب الدابة إلى موضع فقال صاحبها: إنما أعرتك إلى موضع آخر دونه، فالقول قول المستعير إذا كان ذلك ما يشبه، وكذلك الحمل، فإن قال صحابها، اكتريتها، وقال الآخر: أعرتها فالقول قول صاحبها إلا أن يكذبه العرف وهى لازمة للمعير، فإن أجلها لمدة أو عمل لزمت لانقضائه، وإن أطلق فاستعمال مثلها، وفى لزومها قبل القبض قولان، ولا يحمل

على الدابة ما ضرره أكثر، فإن فعل ضمن إن عطبت، وعليه الكراء فيما زاد، وكذلك إن حمل رديفاً.

ويكتب فى العارية: عقد أعار فلان فلاناً بغلته أو حماره الذى صفته كذا ليركبه أو يحمل عليه حملاً من كذا من بلد كذا إلى بلد كذا أو يستخدمه فى نقل التراب أو الحجارة مدة من كذا، وقبض ذلك منه المعار فلان، وصار عنده على الوجه المذكور، وشهد عليهما بذلك من أشهداه به، وعاين الدفع والقبض فى تاريخ كذا، وعلى صاحب الدابة نفقتها وعلفها، وليس على المستعير من ذلك شىء لأنه معروف، ولو كانت على المستعير لكان كراءً.

ويكتب فى عطب الدابة: عقد وقف شهوده إلى جيفة الحمار أو البغل الذى صفته كذا ذكر فلان أنه استعاره من فلان فعاينوه قد عطب بموضع كذا، وشاهدوه ميتاً وتحققوا ما ذكر من صفاته، وقيدوا على ذلك شهادتهم إثر الوقوف فى كذا، فإن كان معه سرج أو لجام أو برذعة أو غير ذلك فادعى ضياع ذلك مع الدابة ضمن ذلك لم يضمن الدابة كما تقدم، والقول قول المستعير فى صفة العارية إذا وجب عليه ضمانها، فإن كان يحقق الصفة وصفها وقومت على ذلك، قال فى «الوثائق المجموعة»: وإن كان لا يحسن الصفة فيأخذ مثله ويحلف أن مثل هذا كان، ويغرم القيمة على ذلك، قال: ويلزم أن يشترى له متاعاً مثل متاعه، فإن قامت بينة بصفة المتاع قضى بها، وإن نكل المستعير عن اليمين حلف المعير على ما يدعيه، وأخذ من المستعير، وتقوم المستهلكات كلها بالورق، وكذلك فى الغصب وغيره، ويجوز تأخير ذلك إذا لم يزد على القيمة، وله أن يأخذ عن ذلك ذهباً أو عرضاً معجلاً إذا عرف مقدار القيمة من الورق

ويأخذ ذلك مكانه، ولا يجوز التأخير فى ذلك، ولا أن يكون ذلك مؤجلاً باتفاق، ويجوز تأخير القيمة من الورق إذا لم يزد عليها، ولا يجوز الصلح على شيء قد فات حتى يعرف قيمته، فإن كان قائماً فله أن يصالح عنه، وإن لم يعرف قيمته وأن يأخذ فى ذلك دنانير أو دراهم أو عرضاً من غير صنفه ويكون ذلك كله مؤخراً أو معجلاً لأن ذلك بيع من البيوع بخلاف ما فات، فإن قيمته من الورق قد صارت ديناً عليه فلا يؤخذ عنها إلا ما يتعجل قبضه لئلا يكون ديناً بدين، وفى كتاب «الاستغناء»: قال الشعبانى: من أعار طستا أو مهراسا لرجل ينتفع به سنين فأراد وزنه عليه لم يجز لأنه ينقص، وليكتب جنسه وصفته أو ينقش فيه اسمه، وفى «مسائل ابن الحاج»: سئل ابن القطان فى رجل مشى إلى قرية صهر له يستعير منه حماره كانت له فلم يجده ووجد الحمارة فأخذها وأمسكها عنده ثم ردها وهى مريضة فعطبت فى دار صاحبها، فلما قدم صاحبها أنكر مرضها وذهب إلى غرم دابته بعد أن ترك هذا المطلب فى مدة من ثلاثة أعوام و لم يطلبها إلا بعد خصام بينهما، فأجاب: له طلب حقه، ويضمن آخذ الدابة قيمة الدابة والعدة بالعارية والسلف وشبه ذلك فيها اختلاف، قال ابن رشد: واختلف فى العدة هل يلزم القضاء بها أم لا؟ على أربعة أقوال:

أحدها: أنه يلزم القضاء بها وإن لم يكن على سبب، روى ذلك عن عمر بن عبد العزيز –رضى الله تعالى عنه- والثانى: أنه يقضى بها إن كانت على سبب وإن لم يدخل فى السبب بسبب عدته وهو قول أصبغ فى كتاب العدة،وقول مالك فى رواية ابن القاسم عنه فى «العتبية»، والثالث: أنه لا يقضى بها وإن كانت على سبب إلا أن يدخل من أجل عدته فى السبب،وهو قول ابن القاسم

وقول سحنون فى «كتاب العدة»، والرابع: أنها لا تلزم ولا يقضى بها، وإن كانت على سبب دخل فى السبب وهى رواية ابن نافع وأشهب عن مالك فى «سماع أشهب» من «العتبية».

فصل الوديعة

والوديعة أمانة وشرطها كالوكالة فلا تجوز من سفيه ولا صغير، فإن أودعها عند صغير أو سفيه فأتلفها فلا ضمان، وإن كان عبداً ففى ذمته إذا عتق، والقول قول المودع فى تلفها مطلقا، وفى ردها كذلك، فإن كان قبضها بإشهاد، فقيل: كذلك، وقيل: لا يقبل قوله فى الرد خاصة.

ويكتب فى ذلك: عقد دفع فلان إلى فلان كذا وكذا ديناراً من الذهب العين أو الفضة أو عرضاً صفته كذا على وجه الوديعة فقبضها منه وصارت عنده وفى أمانته إلى أن يبرأ منها بالواجب، وأشهد بذلك فى كذا.

بيان: ولا يعتبر فى ذلك أن يكون قبضها بمحضر شهود، وذلك والعدم سواء فى الحكم حتى يكون القبض بإشهاد كما تقدم، فحينئذ لا يقبل قوله فى الرد على خلاف فى ذلك، وكذلك الإشهاد الذى ينفرد به المودع، ذكر بعض الموثقين أنه ليس كالإشهاد الذى يقصده ربّ الوديعة،ولا يعتبر فى دعوى الرد وهو كالإشهاد، وظاهر ما قاله ابن زرب أنه كالإشهاد الذى يقصده رب الوديعة، وأنه لا يصدق معه المودع فى الرد، ولا يخلو أن يكون المودع من أهل التهم أم لا، فإن كان منهما فعليه اليمين باتفاق حيث يكون القول قوله فى الرد

والتلف، وإن لم يكن منهما فإنه يحلف فى دعوى الرد خاصة على المشهور، فإن نكل حلف صاحبها أنه لم يرد عليه شيئاً وحينئذ يأخذها على المشهور أيضاً، وذلك كله إذا لم يكن ثم إشهاد كما تقدم، فإن أدعى ردها على وارث المودع لم يقبل قوله فى ذلك، وإن كان قبضها دون إشهاد بأنه لم يأتمنه، وكذلك إن مات المودع وادعى وارثه دفعها إلى صاحبها فلا يقبل إلا ببينة، وإن تعدى عليها فى ركوب أو لبس أو نحو ذلك فهلكت ضمن، وكذلك إن جنى عليها، وإن كان خطأ مثل أن يسقط من يده عليها شىء فيكسرها فهو ضامن، ومن أنزى على بقر وشبهها فعطبت أو متن بالولادة ضمنها، وله أن يستسلفها إن كانت عينا و لم يكن معدما وهو ضامن لها، ويكره له ذلك، وإن قال: تسلفتها ثم رددتها وضاعت كان القول قوله وعليه اليمين، وإن كانت عرضاً فلا يجوز له ذلك باتفاق، وكذلك إن كان معدماً، فإن كانت مما يكال أو يوزن، فقيل: يجوز له كالتقدم، وقيل: لا يجوز كالعرض، وله جعلها عند زوجته أو خادمه أو غيرهما ممن يجعل متاعه عنده، وإن هلكت عندهما لم يضمن، ولا يجوز له إيداعها عنده غيره إلا بإذن صاحبها، فإن أذن له فى ذلك فتلفت وبين بذلك الذى وضعها عنده ولا بينة للدافع الثانى على دفعها، ففى ذلك قولان لابن القاسم:

أحدهما: أنه لا ضمان عليه وهو مذهبه فى «المدونة»، والثانى: أنه ضامن حتى يثبت أنه دفعها إليه، وهو فى «كتاب ابن المواز»، وكذلك الرهن إذا قال: وضعته عند العدول ولا بينة له بذلك وتلف وصدقه العدل فى ذلك فلا ضمان على المرتمن فى ذلك وهو قول ابن القاسم، وقال أصبغ: هو ضامن حتى تقوم البينة على أنه دفعه إلى العدل الذى شرطاه، وقال ابن دحون: إن سمى له العدل لم

يصدق فى دفعه إليه إذا ضاع عنده، وإن صدقه بخلاف إذا لم يسمه، قال ابن رشد: ولا وجه لهذه التفرقة، وله المحاسبة بكراء موضعها إن كان له كراء دون أجرة حفظها، وإن مات المودع ولم يوجد فى تركته ولم يوص فيها بشىء فإنها تؤخذ من تركته، وقال مالك: ما لم يتقادم العشر سنين ونحوها، ومن بعثت معه بضاعة فمات بعد وصوله، وقال المرسل إليه: لم يدفع إلى شيئاً فلا شىء فى تركته، وإن مات قبل وصوله ففى تركته، وقال أشهب: فى تركته فى الوجهين، وإن قال الذى أرسلت إليه الوديعة: قبضتها وتلفت منى، فالرسول ضامن إلا أن تقوم البينة على دفعه ذلك له فيبرأ بخلاف الدين فإنه إذا أقر الذى أرسل إليه بقبضه برىء الدافع، وإن لم تكن ثم معاينة، فإن اشترط الرسول أن الإشهاد عليه فى دفعها فله شرطه، وكذلك إن كان المدفوع إليه من ذوى السلطان ممن يعلم المرسل أنه لا يتمكن من الإشهاد عليه فهو كاشتراط إسقاط الإشهاد ويحلف الرسول ويبرأ، وإذا طلب بها فأنكرها فأثبتها صاحبها، فلما أثبتها قال: إنما سرقت له أو ضاعت له، فقال مالك: يصدق ويحلف ويبرأ، وعلى قول ابن القاسم يضمنها لإنكاره، ولا يمين له على رب المال، وعلى قول ابن القاسم العمل، وإن أودعها عند غيره ضمن إلا أن يكون ذلك لعذر من سفر أو عورة منزلة ولم يتمكن له صرفها إلى ربها فلا يضمن، وفى «مسائل ابن الحاج»: سئل فى رجل طلع على سقف، فقال لصاحب الحانوت: احبس لى هذا الفرو حتى أهبط فاحتاج صاحب الحانوت إلى القيام لحاجة، فقال: لرجل آخر انظر الحانوت أو الفرو حتى آتى فضاع الفرو، فأجاب الفقيه أبو الوليد هشام بن

أحمد الضمان على صاحب الحانوت، وهذا يأتى على الوديعة إذا أودعها غيره أنه ضامن إلا أن يكون عند إرادة سفر.

وسئل فى رجل حمل بضاعة لرجل فجاء إلى موضع خوف فى الطريق فحبسها بيده ثم نزل ليبول فوضعها فى الأرض ثم قام ومشى ثم تذكرها فرجع إلى الموضع فلم يجدها ولا يدرى أين وضعها، فأفتيت أنا وابن رشد بأنه ضامن، وذكر لى عن الباجى أنه أفتى بأنه لا يضمن، وفى كتاب «الاستغناء»: إذا قال رب الوديعة للمودع ألقها فى البحر أو فى النار ففعل فهو ضامن للنهى عن إضاعة المال، كمن قال لرجل: أقتلنى أو ولدى ففعل، وإذا أودعه من ظلمه ففعل فله أخذها عوضاً من ظلمه، وقيل: لا يجوز له ذلك، وقيل: يكره، وقيل: يستحب، قال الباجى: والأظهر الإباحة لحديث هند، ويضمن المودع بنقلها وخلطها ومخالفة ما أمر به فيها وتضييعه.

فصل اللقطة

واللقطة هى المال المعرض للضياع فى العمران وغير العمران وهى أمانة ما لم ينو أخذها لنفسه فتصير كالمغصوب، فإن أخذها ليحفظها ثم ردها ضمنها والالتقاط حرام على من يعلم خيانة نفسه، ومكروه للخائف من ذلك، وأما المأمون، فقيل: يكره له، وقيل: يستحب فيما له بال، ويجب إن خاف عليها الخونة، ويجب تعريف ما له بال منها سنة كاملة فى مظان طلبها، وله أن يتملكها بعدها أو يتصدق بها على ذمته أو يبقيها أمانة، وقال غير مالك: إنما تكون لملتقطها بعد السنة يفعل بها ما شاء لظاهر الحديث، وليس على ذلك

العمل، وإن كان تافهاً فلا يعرف وما كان منها وسطاً كالمخلاة والدلو ففيه قولان:

أحدهما: أنه يعرف أياماً، والثاني: أنه يعرف سنة.

ويكتب في الإشهاد بها: عقد أشهد فلان على نفسه أنهَ التقط صرة فيها كذا وكذا ديناراً من الذهب، وأنه عرفها منذ التقطها، وذلك في وقت كذا حتى الآن فلم يلف لها طالباً وهي بيده إلى أن يخرج عنها بما يجب شرعاً، وشهد على إشهاده بذلك في كذا،وإقراره بها إن كان في الصحة جائز عليه، وإن كان في المرض فعلى حكم إقرار المريض بالدين، وكره مالك أن يتصدق بها قبل السنة إلا أن يكون شيئاً يسيراً، فإن كان طعاماً يخاف عليه الفساد فله أن يتصدق به إذا خاف عليه ولا يضمن، وإن كان محتاجاً أكله ولا شيء عليه، وإن لم يكن محتاجاً ففي ضمانه قولان، وأما غلاتها ومنافعها فإن كان له ثمن اتبع بها وإلا فلا وإذا أنفق عليها فربها مخير بين غرم النفقة أو إسلامها فيها، وإذا جاء ربها فأتى ببينة عليها وجب صرفها عليه باتفاق، فإن أخبر بصفتها المغلبة للظن كالعفاص والوكاء وجب صرفها عليه أيضاً، وهل عليه اليمين مع ذلك أم لا؟ في ذلك قولان، قال ابن حبيب: يحلف معترف اللقطة بعد ذكره العفاص والوكاء، فإن نكل فلا شيء له، وإن عاد إلى اليمين وهو قول أشهب في ديوانه، وقال بعض البغداديين: ذكر العلامة كالبينة، ومن جعل الدليل كالشاهدين لم يحلفه، ومن جعله كشاهد واحد حلفه، وما طرح من المركب خوف الغرق فهو لقطة، وكذلك ما ترك بالفلاة لعدم الراحلة، قال الشعباني: وما ألقى البحر من خرثى أو خشب فتركها أفضل، فإن أخذها رجل فله أن ينتفع بها، وإن جاء صاحبها

غرم له قيمتها، وقيل: ذلك لمن وجده خاص به إلا أن يعرف صاحبه فيؤدى إليه، وما أنفذ السيل أو الوادى من الأمتعة فهو لقطة وينشد، وكذلك ما علم أن له مالكاً، وكذلك الوادى يحمل أمتعة الناس فتختلط أو جلوداً أو كتاناً فإنه يكون ذلك بينهم إلا أن يعلم أنه لرجل بعينه فيأخذه، ذكر ذلك فى «الاستغناء»، قال: وإذا اختلط الكتان فى الوادى لسيل أو غيره و لم يعرف كل واحد منهم ما له فيه تحلل أصحابه فى ذلك، قال الشعبانى: وإذا وقعت السمكة فى السفينة فهى لمن وقعت إليه،ولا تلتقط الإبل فى الصحراء بخلاف الشاة فإنها لا ينبغى تركها،واختلف فى البقر والخيل والحمير والبغال، فقيل: إنها كالإبل لا تلتقط، وقيل: ليست كالإبل وتلتقط، وقال ابن القاسم: يلحق بها البقر دون ما سواها، أو لا خلاف أنها إذا لم يؤمن عليها السباع أنها كالغنم، وأما الدابة إذا تركها ربها على وجه اليأس منها فأخذها رجل غيره فأحياها ثم جاء صاحبها ليأخذها، قال ابن رشد: فلا يخلو ذلك من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يسلمها على أن له الرجوع فيها، والثانى: أن يسلمها على أنها لمن أخذها، والثالث: أن يسلمها ولا نية له.

فأما الوجه الأول، فقيل: إنه يصدق فى ذلك بيمين، وقيل: بغير يمين، وقيل: لا يصدق إلا أن تكون فى أمن وكلأ، وأما الوجه الثانى، فلا سبيل له إلى أخذها ممن أخذها وقام عليها، وأما الوجه الثالث، وهو إذا لم يكن له نية، فقيل: إنه محمول على أن له الرجوع، وقيل: إنه محمول على أنها لمن أخذها إلا أن يكون إسلامه لها فى أمن وكلأ، قال: ولا اختلاف أنه إذا أرسلها فى أمن وكلأ أن الرجوع فيها، أو إنما الاختلاف إذا أرسلها فى غير أمن وكلأ، ولا أجرة للذى

قام عليها إذا أخذت منه لأنه إنما قام عليها لنفسه إلا أن يكون أشهد أن له أخذ الأجرة عليها، وأنه يقوم عليها لصاحبها، وأما النفقة فإنه يأخذها على كل حال، وللملتقط الدابة أن يبيعها إذا يئس من صاحبها ويأخذ ثمنها عنده فيأخذ منه نفقتها فإن جاء صاحبها دفع ذلك إليه، وإلا فعل به ما يفعل باللقطة، وأما العبد أو الأمة إذا وجدهما فليس له بيعهما وليرفع أمرهما إلى السلطان، فإن ثبت أنهما عبدان سجنهما السلطان، فإذا تم لهما سنة فى السجن أمر السلطان ببيعهما، ويقدم لذلك ثقة ويقبض ثمنهما ويبقى عنده، فإن جاء السيد دفع إليه الثمن و لم يفسخ البيع ونفقة العبد طول سجنه من بيت المال أو ثمن العبد إذا بيع، ومن وجد آبقاً فأخذه ثم أطلقه فهو ضامن له، والطفل الضائع الذى لا كافل له التقاطه فرض كفاية، وليس للملتقطه رده بعد أخذه، وقال أشهب: إلا أن يكون أخذه ليرفعه إلى الإمام فلم يقبله وولاؤه للمسلمين، وعلى الملتقط حضانته ونفقته من ماله إن وجد ملفوفاً معه أو من وقف أو بيت المال، فإن تعذر ذلك فعلى الملتقط حتى يبلغ، ويستغنى ويحكم بإسلامه فى قرى الإسلام ومواضعهم، فإن كان فى قرى الشرك فمشرك، قال أشهب: إلا أن يلتقطه مسلم، وإذا استحقه مسلم بغير بينة فقولان بخلاف الذمى فلا يلحقه إلا ببينة، وفى المرأة ثلاثة أقوال: يلحق بها، ولا يلحق بها، ويلحق بها إن قالت: إنه من زنا، وتحد وتصدق فى ذلك، واللقيط حر ولا يرق إلا بالبينة لا بإقراره.

السفيه، والمحجور، والأوصياء من قبل الأب والوصايا، والمواريث

الرشد: هو حفظ المال وحسن النظر فيه، واختلف هل من شرطه الصلاح فى الدين أم لا؟ على قولين، فقال المدنيون من أصحاب مالك: الرشد هو صحة العقل، وصحة الدين، وتثمير المال، وحفظه، وقال ابن القاسم: إذا أثمر ماله وحاطه استوجب اسم الرشد، وإن كان غير مرضي الحال، وبذلك الحكم، وقال أصبغ: من حسن نظره فى ماله وكان مظهراً بعض الصلاح فهو رشيد، وأما من ظاهره الفسق والفساد فلا، والمحجور نوعان:

الأول: الابن، قال ابن رشد: وهو فى ولاية أبيه ما دام صغيراً لا يجوز له فعل إلا بإذنه، ولا يجوز له هبة ولا صدقة ولا فعل معروف، وإن أذن له فى ذلك فإذا بلغ الحلم فلا يخلو أمره من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن يكون معلوم الرشد أو معلوم السنة أو مجهول الحال لا يعلم رشده من سفهه، فأما إن كان معلوماً بالرشد فأفعاله كلها جائزة، وليس للأب أن يرد شيئاً منها، وقد خرج من الولاية ببلوغه مع ما ظهر من رشده، وأما إن كان معلوماً بالسفه فلا يخرجه الاحتلام من ولايته وأفعاله كلها مردودة غير جائزة، وأما إن كان بمجهول الحال فاختلف فيه على قولين:

أحدهما: أنه محمول على السفه حتى يظهر رشده، وهو نص رواية يحيى عن ابن القاسم، وظاهر سائر الروايات عنه، وعن مالك فى «المدونة» وغيرها. والثانى: أنه محمول على الرشد حتى يثبت سفهه وأنه يخرج بالاحتلام عن ولاية

أبيه، روى ذلك زياد عن مالك، وهو ظاهر ما وقع فى أول النكاح من «المدونة»، ومن قوله: إذا احتلم الغلام فله أن يذهب حيث شاء، وتأول ابن رشد أنه أراد بنفسه لا بماله، واستحسن بعض الشيوخ أن لا يخرج من ولايته حتى يمر به بعد الاحتلام العام ونحوه، وإلى هذا ذهب ابن العطار فى «وثائقه»، وحكى غيره من الموثقين أن تسفهه جائز وإن لم يعلم سفهه إذا كان قبل انقضاء عامين من بلوغه، فإن مات الأب وهو صغير وأوصى به إلى أحد أو قدم السلطان عليه فلا يخرج من الولاية حتى يخرجه منها الوصى أو السلطان، وأفعاله كلها مردودة، وإن علم رشده ما لم يطلق من الحجر ولوصى الأب إطلاقه، وهو مصدق فيما يذكر من حاله وإن لم يعرف ذلك إلا من قوله، وقيل: لا يجوز له إطلاقه إلا أن يعرف رشده، روى ذلك أصبغ عن ابن القاسم، وأما مقدم القاضى فلا يجوز له إطلاقه إلا بإذن القاضى، وقيل: إن إطلاقه جائز بغير إذن القاضى إذا عرف رشده، وقيل: إن لم يعرف رشده إلا بقوله، قال: وما تقدم من أن أفعاله كلها مردودة وإن علم رشده ما لم يطلق من ثقاف الحجر هو المشهور فى المذهب المعمول به، وقيل: إن حاله مع الوصى كحاله مع الأب وأنه يخرج من ولايته إذا عرف رشده أو جهل حاله على الاختلاف المتقدم، وأما الأوصياء بسبب الأب فلا يكون أشد حالاً منهم، وأما ابن القاسم فمذهبه أن الولاية عليه لا تعتبر بثبوتها عليه إذا علم الرشد ولا سقوطها إذا علم السفه، وقد روى ذلك أيضاً ابن وهب عن مالك، وروى زونان أيضاً عن ابن القاسم أن من ثبتت عليه ولاية فلا تجوز أفعاله حتى يطلق منها وإن ظهر رشده مثل قول

مالك وكبار أصحابه، فإن لم يوص به الأب إلى أحد ولا قدم عليه السلطان ففي ذلك أربعة أقوال:

أحدها: قول مالك وأكثر أصحابه، أن أفعاله كلها بعد البلوغ جائزة نافذة رشيداً كان أو سفيهاً معلناً بالسفه أو غير معلن متصل السفه من حين بلوغه أو لا من غير تفصيل في ذلك، والثاني: قول مطرف وابن الماحشون أنه إن كان متصل السفة من حين بلوغه فلا يجوز شيء من أفعاله، وإن حدث به السفه بعد أن أونس منه الرشد فأفعاله جائزة عليه لازمة ما لم يكن بيعه بيع خديعة بينة مثل أن يبيع ثمن ألف دينار بمائة دينار وما أشبه ذلك، فلا يجوز ذلك عليه، ولا يتبع بالثمن إن أفسده من غير تفصيل بين أن يكون معلناً بالسفه أو غير معلن، والثالث: قول أصبغ أنه إن كان معلناً بالسفه فأفعاله كلها غير جائزة من غير تفصيل بين أن يتصل سفهه أو لا يتصل، وذهب ابن القاسم إلى أنه ينظر في حاله يوم بيعه وابتياعه، فإن كان رشيداً جازت أفعاله، وإن كان سفيهاً لم يجز منها شيء من غير تفصيل بين أن يتصل سفهه أو لا يتصل واتفق جميعهم على أن أفعاله جائزة لا يرد منها شيء إلا إن جهلت حاله ولم يعلم سفهه ولا رشده.

النوع الثاني من المحاجير، البنت البكر، قال ابن رشد: ولا اختلاف أيضاً بين أصحاب مالك أن أفعالها مردودة غير جائزة ما لم تبلغ المحيض، فإذا بلغت المحيض فلا يخلو أمرها من ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون ذات ابن، والثانى: أن تكون يتيمة ذات وصى من قبل الأب أو السلطان، والثالث: أن تكون يتيمة لا وصى عليها من أب ولا سلطان، فأما ذات الأب فاختلف فيها على ستة أقوال:

أحدها: رواية زياد عن مالك أنها تخرج بالحيض من ولاية أبيها ومعنى ذلك عندى إذا علم رشدها أو جهل حالها، وأما إن علم سفهها فهى باقية فى ولايته، والثانى: قول مالك فى «الموطأ» و «المدونة» و «الواضحة» من رواية مطرف أنها لا تخرج من ولاية أبيها حتى تزوج ويدخل بها زوجها، ويعرف من حالها أن يشهد العدول على صلاح أمرها، فعلى قول مالك هذا إذا علم رشدها وظهر حسن حالها جازت أفعالها، وخرجت من ولاية أبيها، وإن كان ذلك بقرب بناء زوجها عليها إلا أن مالكاً استحب فى رواية مطرف أن يؤخر أمرها نحو العام وغيره من غير إيجاب وفيما قبل ذلك مردوده، والثالث: أنها فى ولاية أبيها ما لم تعنس أو يدخل بها زوجها ويعرف بحالها كما تقدم، وإن دخل بها زوجها بعد التعنيس فهى محمولة على الرشد، ولا يؤثر دخول الزوج فى الحكم الذى ثبت لها بالتعنيس، والرابع: أنها فى ولاية أبيها حتى تمر بها سنة بعد دخول زوجها بها، وهو قول مطرف فى «الواضحة»، وظاهر قول يحيى بن سعيد فى «الواضحة» بل فى «المدونة»، والخامس: أنها فى ولاية أبيها حتى يمر عامان وهو قول ابن نافع فى هبات «العتبية»، والسادس: أنها فى ولاية أبيها حتى يمر بها سبعة أعوام، وهذا القول يعزى إلى ابن القاسم وبه جرى العمل عندنا، وقال ابن أبى زمنين: الذى أدركنا عليه الشيوخ أن تجوز أفعالها، وتخرج من الولاية إذا مضى لها فى بيت زوجها من السنة الأعوام إلى السبعة ما لم يجدد الأب السفه عليها قبل ذلك،

فيكون حالها بعد ذلك محمولاً على الرشد حتى يعلم خلافه، واختلف فى تجديد الأب السفه عليها قبل ذلك، فأفتى ابن زرب بأن ذلك جائز له، وإلى هذا ذهب ابن العطار فى «وثائقه»، وكان أبو عمر الإشبيلى يذهب إلى أن ذلك لا يجوز عليها ولا يلزمها إلا أن يتضمن عقد التجديد للسفه معرفة شهدائه لسفهها، وبه كان يفتى ابن القطان، وهو القياس على مذهب من حد لجواز أفعالها حداً، وكذلك اختلف الشيوخ المتأخرون إذا ولى عليها قبل أن تبلغ الحد المذكور لجواز أفعالها ثم مات بعد بلوغها هل تلزمها تلك الولاية أم لا؟ على قولين بخلاف إذا مات قبل بلوغها الحد المذكور فإن الولاية تلزمها بلا خلاف، قال بعض المتأخرين: وانظر إذا مات والدها قبل تمام السبعة الأعوام ولم يوص بها هل تملك نفسها إذ ذاك أو حتى تنقضى السبعة الأعوام؟ فيحتمل هذا ويحتمل هذا، وفى «مسائل ابن الحاج» إذا توفى الرجل عن بنت ناكح لم تخرج عن ولايته لقرب البناء عليها بكراً فيقدم القاضى عليها كما يقدم على الصغار، قال: ونزلت فى بنت ابن الحداد فقدم عليها ابن رشد، وأما البكر اليتيمة ذات الوصى من قبل الأب أو السلطان فلا تخرج عن الولاية وإن تزوجت أو عنست أو ظهر رشدها إلا بالانطلاق من الولاية كما تقدم قبل هذا فى المشهور والمعمول به فى اليتيم المولى عليه، ولا اختلاف فى ذلك، وحكمهما فى ذلك واحد، وأما البكر اليتيمة التى لا وصى لها من أب ولا سلطان فاختلف فيها على قولين:

أحدهما: أن أفعالها جائزة إذا بلغت المحيض وهو قول سحنون فى «العتبية»، وقول غير ابن القاسم فى «المدونة» ورواية زياد عن مالك، والثانى: أن أفعالها مردودة ما لم تعنس، وفى «المدونة» لمالك من رواية ابن القاسم أن أفعالها لا تجوز

حتى تعنس أو تتزوج، ويدخل بها زوجها وتقيم معه مدة تجمل فيها أمرها على الرشد قيل: أقصاها العام وهو قول ابن الماجشون، وإليه ذهب ابن العطار فى «وثائقه»، وقيل: ثلاثة أعوام ونحوها، وقال ابن أبى زمنين: الذى أدركنا عليه الشيوخ أن لا تجوز أفعالها حتى يمر عليها فى بيت زوجها الستتان والثلاث، واختلفوا فى حد التعنيس فى هذه اليتيمة على أربعة أقوال:

أحدها: أنه ثلاثون سنة وهو قول ابن الماجشون، والثانى: أنه أقل من الثلاثين وهو قول ابن نافع، والثالث: أربعون، وهى رواية مطرف عن مالك وأصبغ وابن القاسم، والرابع: أنه من الخمسين وهى إلى الستين، رواية سحنون عن ابن القاسم، واختلف فى حد تعنيس ذات الأب، فقيل: أربعون عاماً، وقيل: من الخمسين، واختلف فى الذى يموت وصيه ولم يوص به إلى أحد ولا قدم عليه السلطان وصياً، فقيل: إنه إن كان ممن يحسن النظر لنفسه معروفاً بالرشد فأفعاله كلها جائزة، وإن كان معروفاً بالسفه فأفعاله كلها مردودة وهو قول ابن القاسم، والذى جرت به الفتوى، وعليه الشيوخ أن أفعاله كلها مردودة حكم من كان وصيه باقياً حتى يظهر رشده ويحكم بترشيده، وفى كتاب «الاستغناء» فى الذى يموت أبوه بعد تحجيره أو وصية: أنه إذا باع واشترى وتصرّف تصرُّف المالك لنفسه جاز فعله من وقت يشهد له بالرشد، وإن لم يشهد له به فى وقت موت أبيه أو وصية ويمضى فعله وإن لم يشهد برشده فحاله على الولاية، وإن تركه الوصى فى حياته يتصرف بالبيع والابتياع فهو على الاختيار منه حتى يخرج من ولايته، ويلزم المحجور البالغ حقوق الله تعالى أوجبها على العباد فى البدن والمال كالحدود والقصاص والزكاة فى المال ونحو ذلك، ويلزمه الطلاق والظهار

والأيمان، وكذلك يلزمه فى ماله كل ما أفسد أو كسر أو تعدى فيه، ولا يلزمه عتق ولا شيء من المعروف، وإن أجاز ذلك الولى فإن فعل شيئاً من ذلك ولم يعلم به حتى مات فهل يرد أم لا؟ فى ذلك قولان، وحكى ابن محرز عن إسمعيل القاضي: أن المولى عليه إذا تزوج بغير إذن وليه ولم يعلم به الولى حتى ترشد أن النكاح ثابت، قال: وكذلك وجدت لابن الماجشون فى أصوله فيما باعه المولى عليه أو اشتراه أن رشده يمضى أفعاله، وذكر ابن رشد فى «المقدمات» خلاف ذلك، وأنه يكون له الخيار بعد ملكه أمر نفسه، ولم يحك فى ذلك خلافاً فانظره، وفى «النوادر»: قال مالك: وللبكر أن ترد ما صنعت قبل أن تصير إلى زوجها وإن ماتت قبل أن يرده وليها فلورثتها رده كما لو وليت نفسها ما لم تتركه قبل أن تلى نفسها بما يعلم أنه رضى، قال ابن حبيب: وهو قول مطرف وابن الماجشون أن لورثتها رده، وروى أصبغ عن ابن القاسم أنه صنع قد فات موضع النظر فيه بموتها، فلا كلام للورثة فيه لأنهم إنما يرثون ما كان للسفيه يوم مات، واختلف فى هذا السفيه البالغ هل يزوجه الولى بغير إذنه كالصغير أم لا؟ على قولين، وكذلك اختلف هل يخالع عنه بغير إذنه أم لا؟ ففى «المدونة»: لا يخالع عنه إلا بإذنه، وروى عيسى عن ابن القاسم أنه يخالع عنه بغير إذنه كالصغير، وكذلك اختلف هل يجوز عفوه كما وجب له من الجراح أم لا؟ على قولين، فذهب ابن القاسم أن عفوه جائز عن كل ما ليس بمال، وقال مطرف وابن الماجشون: لا يجوز عفوه عن شيء من ذلك بخلاف عفوه عن دمه عمداً أو خطأ فإنه جائز باتفاق، ومن اشترى منه وهو يعلم أنه مولى عليه فهو كالغاصب يرد الغلة ويأخذ قيمة ما بناه نقضاً، وأما الصغير فلا يلزمه شيء من

الحقوق فيما بينه وبين الله تعالى والأحكام، ولا يترتب عليه ثواب ولا عقاب، ولا يجوز شيء من أفعاله كان معروفاً أو غيره إلا ما كان من ذلك سداداً أو خرج عن عوض فيجوز بإجازة الولى على المشهور، ولا يجوز للولى أبا كان أو غيره أن يأذن له فى فعل المعروف فى ماله ما أفسد أو كسر أو تعدى فيه، ووصى الأب يقوم مقام الأب فى جميع أمور بنيه إلا فى الإجبار على النكاح فى البكر الصغيرة ففيه قولان.

ويكتب في ذلك عقد: عهد فلان -وهو يشهد لله بالوحدانية ولرسوله عليه الصلاة والسلام بالرسالة والتبليغ، وأن ما جاء به حق وصدق- وأوصى أنه متى حدث به الموت الذى لابد منه ولا محيص لمخلوق حيٍّ عنه، فزوجه فلانة وصى على بنيه منها فلان وفلان وفلانة الصغار فى حجره وولايته، وناظرة لهم تنظر الإيصاء التام المطلق العام دون إشراف عليها، ولا تعقب لأحد من خلق الله تعالى -ثقة منه بدينها ورضاً بأمانتها- فلتعمل فى ذلك عمل من يعلم إن الله تعالى لا يخفى عليه شيء فى الأرض ولا فى السماء وهو السميع العليم، عهداً صحيحاً عرف قدره، وشهد على العاهد المذكور بذلك من أشهده به وهو بحال مرض فى ثبات من ذهنه، وميزه جائز الفعل وعرفه، وفى تاريخ كذا.

بيان: ليس لهذا الوصى إنكاح البنت قبل البلوغ وجبرها إلا أن يجعل لها ذلك.

فيكتب فيه ما نصه: لها نكاح الأنثى قبل البلوغ وبعده من غير استئمار، فإذا جعل لها ذلك جاز بلا خلاف، قال ابن رشد: ولا تتعدى ولاية هذا الوصى

على ما سمى إلى غيره من قرابة الموصى فى النكاح كان محجوره حياً أو ميتاً إذ لا ولاية له على واحدة منهن ولا اختلاف فى هذا أعلمه غير ابن الهندى إن زوج واحدة منهن مضى، وهو بعيد إلا أن يطلق القول، فيقول: فلان وصى لا يزيد على ذلك، فإنه إذ ذاك يكون ولياً لكل من كان له الموصى وليساً من الأخوات ودنىّ القرابات، وهو مذهب ابن القاسم، وقيل: إنه لا يكون ولياً لهن، وقيل: هو ولى إلا أن الولى أحق بالعقد منه ولو قال: وصى على بعض بناتى لكان وليا لجميع بناته فى النكاح، وإن كان مالكاً لأمرهن، قال: وأما إذا أرشد الولى محجوره فلا أذكر فى ذلك نص رواية، والذى يوجب النظر أن ولايته فى النكاح لا تسقط بتمليكها إياها أمر نفسها من مالها لأنه قد حصل لها ولياً من أوليائها لإقامة الأب له مقام نفسه فوجب ألا تسقط ولايته إلا بما تسقط به ولاية الأب، وأما إنكاح الوصى بنات محجوره فالروايات بذلك منصوصة عن مالك، ومعناه فى الأبكار والثيب اللاتى لم يملكن أمور أنفسهن، وقد كان بعض الشيوخ يقول: إنه لا يكون وصياً على ولد محجوره إلا بتقديم السلطان، فعلى هذا لا يزوج أحداً من بناته، وأما أمه فليس بولى لها، ولا خلاف أنه لا يصح له أن يزوجها فالوصى يزوج إماء محجوره بلا اختلاف وبناته المحجورات باختلاف ولا يزوج بناته بالمالكات لأنفسهن، ولا أخواته ولا مولياته، فإن فعل مضى على ما ذهب إليه ابن الهندى، وفى «مسائل ابن الحاج»: قال: اختلف الشيوخ فى الرجل إذا كان وصياً على سفيه فولد للسفيه ولد هل للوصىّ أن ينظر على ابن السفيه كما ينظر على أبيه أم لا؟ فذهب ابن زرب إلى أنه لا ينظر عليه، وخالفه ابن عتاب وابن القطان فى ذلك، وقالا: إنه ينظر عليه كما ينظر على

أبيه، قالا: والقضاء عندنا بذلك، وقال فيها أيضاً: إذا أراد الوصى أن يتبرأ من الإيصاء إلى رجل آخر بعد أن لزمه فليس له ذلك إلا لعذر بين، وله فعل ذلك عند حضور موته لأنه من أبين العذر، وحكى الباجى فى «وثائقه» أنه له أن يوكل غيره فى حياته وبعد مماته، ولا يجوز ذلك لوكيل القاضى على النظر لليتيم أن يوكل بما جعل إليه أحداً غيره حى أو مات، ولا أن يوصى به إلى أحد، وإذا قبل الوصى المعد فلا خروج له عنه إلا برضا الموصى إن كان حياً، ويجبره القاضى على النظر بعد موت الموصى، ولا يعزله إلا أن يكون له عذر، وقيل: له الرجوع فى حياة الموصى بعد القبول فإذا أبى القبول بعد الموت فلا رجوع له بعد.

ويكتب فى تجديد الأب الحجر على ابنه أو ابنته: عقد أشهد فلان على نفسه أنه جدد الحجر على ولده فلان الذى هو الابن فى فور بلوغه أو ابنته فلانة التى هى الآن قريبة عهد بالبناء عليها بكراً، وألزمه ثقاف الولاية، ولم يبح له شيئاً من التصرفات كلها إلا أن يظهر من حاله ما يوجب ذلك إشهاداً صحيحاً عرف قدره وشهد على إشهاده بذلك فى كذا ممن يعلم أن الابن المذكور الآن فى فور بلوغه أو أن البنت قريبة عهد بالبناء عليها بكراً، وفى التاريخ، فإن مات الأب وأغفل التقدم على ابنه فإن القاضى ينظر فى ذلك ويقدم عليه وصياً ينظر فى ماله، ولا يجوز له أن يهمله.

ويكتب فى ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمونه صغيراً يتيماً مهملاً لا وصى عليه من أب ولا مقدم من قاض، وأن أحق الناس وأولاهم بالتقدم عليه للنظر فى ماله وقبضه وإحصائه والحيطة عليه وإجراء النفقة والمؤن منه عليه،

وعلى من يجب له ذلك بسببه بالمعروف قريبه فلان لثقته وأمانته ودينه ومعرفته، ومن علم ذلك كله بحسبه، ويعرف من ذكر قيد على ذلك شهادته فى كذا، فإذا ثبت هذا ثبت مال اليتيم فى رسم تقع الشهادة به على ا لوصى ويستقر الرسم عند القاضى ثم يقدمه.

ويكتب فيه ما نصه: لما ثبت عند القاضى فلان رسم الاسترعاء بكذا وسئل منه النظر فيما ثبت لديه من ذلك، فاقتضى نظره أن قدم للنظر فى مال اليتيم فلان المذكور فيه وقبضه وضبطه والحيطة عليه،وإجراء النفقة والمؤن منه عليه، وعلى من يجيب له ذلك بسببه بالمعروف فلاناً المذكور فيه لما ثبت لديه من أهليته لذلك تقديماً تاماً أقامه لديه مقام الوصى المفوض إليه الموثوق بما لديه، واستثنى عليه تفويت الأصل لو فعل ما يودى إلى ذلك إلا عن إذنه أو عن إذن من يجب له ذلك، وبمحضر المقدم وقبوله ذلك، وشهد على إشهاد القاضى بما فيه عنه بموضع نظره من كذا من أشهده المقدم بالقبول وفى كذا، وإذا قبل هذا التقديم فليس له أن ينحل عنه إلا لعذر، وكذلك إن مات القاضى الذى قدمه كان تقديمه باقياً لأنه حكم، ولا يسوغ لهذا المقدم من قبل القاضى أن يقدم غيره لا فى حياته ولا بعد مماته، وهو فى ذلك بخلاف وصى الأب، وكذلك يقدم القاضى على من فقد عقله بجنون أو غير ذلك، وعلى الشيخ إذا أنكر عقله،وعلى ذلك جمهور العلماء، ويقدم أيضاً على من ظهر سفهه، وإن كان كبيراً، قال ابن المواز عن ابن القاسم: وكذلك من انطلق من الولاية ثم ظهر منه سفهه فإنه يقدم عليه ثانية.

ويكتب فى ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمونه سفيهاً فى أحواله مبذراً لماله متلفاً له فى غير وجوه البر ومصالحه ممن يستحق الضرب على يديه والتحجير عليه فى ماله وإلزامه حكم الولاية، وهو متصل الحال على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، فإذا ثبت هذا العقد أعذر إليه.

ويكتب فيه ما نصه: أعذر إلى فلان المذكور فى الرسم بكذا فيما ثبت فى الرسم المذكور من حاله فاعترف أن لا مقال له فى ذلك ولا مدفع بوجه، وأشهد بذلك فى كذا، فإن ادعى مدفعاً أجله القاضى، فإن عجز حكم بتحجيره وقدم عليه كما يقدم على اليتيم ووجب أن يشهر حاله ويطاف به فى المجالس حتى يتسامع الناس فيتحفظ من معاملته، ولا يجوز بعد ذلك شىء من أفعاله باتفاق، وأما أفعاله قبل ذلك فإن أفعاله فيه جائزة عند مالك وجميع أصحابه، واختار ذلك سحنون، قال: ولو كان مثل سفيه الأندلس الذى صح عنه أنه كان يسحق اللؤلؤ ويسقيه ندماءه، قال ابن القاسم: أفعاله غير جائزة من الوقت الذى حدوه لسفهه، وفرق أصبغ بن الفرج بين أن يكون معلناً بالسفه لا يصيب فى شيء من أموره فلا تجوز أفعاله، وبين أن يكون يصيب فى البعض دون البعض فتجوز أفعاله، وقد تقدم ذلك، وقال ابن القاسم فى الرجل الصالح إذا كان لا يحسن النظر فى ماله أنه يولى عليه، قال: وشارب الخمر إذا كان يحرز ماله فلا يولى عليه، وينبغى أن يكثر من الشهود فى الترشيد والتسفيه حتى تكون شهادة استفاضة ولا يجتزى فى ذلك باثنين، وإن كانا عدلين، قال ابن رشد: ولا يستفسر الشهود من أين علموا السفه إذا كانوا عالمين بوجوه الشهادة، وإن كانوا من أهل البله والغفلة فلا يقبلوا، ذكر ذلك فى «أحكام ابن مزين»، قال

بعض المفتين: وإذا أنهى إلى القاضى محتسب أو غيره أن رجلاً يستحق الحجر إذ هو مبذر لماله مفسد لا يمنع نفسه لذتها، ولا يعد المال شيئاً وجب على القاضى أن يسمع منه، ويبيح له إقامة البينة على ذلك، ذكر ذلك فى «الاستغناء»، وإن كان للمحجور رقيق وماشية ودواب فمن حسن النظر له بيع ذلك، ويعوض بثمنها ما هو أغبط له، ويحبس له من الرقيق ما يصلح له حبسه، وكذلك الدواب إن كان فى حبسها فصل لنتاجها، والبقر والغنم إن كان فى حبسها نظر وغبطة حبست، وإلا بيعت، وأما الأصول والرباع فلا يباع شىء منها على يتيم إلا عن حاجة أو ما يخشى تهدمه، وللوصى أن يتجر بمال محجوره إذا كان يطلب بذلك تنمية المال وتصريفه مخافة أن تأكله الزكاة، قال ابن الحاج فى «مسائله»: فإن فعل ذلك ولم يخاطر به فى غرر بين فلا ضمان عليه، قال الشعبانى: فإن تجر فى موضع مخوف أو جاز براً مخوفاً أو بحراً فى هيجانه فهو ضامن، قال: والوصى فى مال محجوره على ثلاثة أحوال:

أحدها: وصى حمل مال يتيمه على أمر ظاهر من السلامة فأصابه عطب فلا ضمان عليه، الثانى: ما باعه من الملئ وأخر به وحمله على ما الأغلب عليه السلامة فعطبت فلا ضمان عليه، الثالث: ما حمله على ما الأغلب عليه العطب والسلامة مرجوة فيه فعطب فهو ضمان، وكذلك من باع من مفلس أو مديان ذكر ذلك فى «الاستغناء»، وفى «المدونة»: أنه لا بأس أن يستدين الوصى لليتيم فيما يحتاج إليه من إنفاق أو غيره، والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُواْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ [البقرة: ٢٨٢] انظر ذلك فى كتاب الرهون، قال ابن الحاج فى «مسائله»: وله أن يستقرض له على سبيل النظر ثم يرد من ماله كما

فعل رسول الله ﷺ حين استقرض على الصدقة ثم رد منها قال فى «الاستغناء»،وإذا قال الوصى لمن لليتيم عليه دين قد أبرأتك مما لليتيم عليك لم يبرأ، ولا يكتب له براءة إلا بما قبض منه، وكذلك لو قال: هذا جميع ما لفلان عليك لم يصدق، وإن قال: برئت إلى بما عليك برئ الغريم وحوسب به الوصى، وقال ابن الحاج فى «مسائله»: إقرار الوصى بدين على أيتامه على وجهين إن كان فيما ولى هو المعاملة فيه عليهم فهو عامل عليهم وهو كالإقرار على نفسه، وإن لم يكن فيما وليه هو مثل أن يقر على تركه الميت أو شبه ذلك فإقراره كالشهادة منه، وكذلك الأب، فإن باع المولى عليه شيئاً وتصرف بغير علم الوصى فسخ فعله متى عثر عليه وللوصى إجازته إن كان سداداً، قال الأبهرى: فإن رأى الوصى المولى عليه يبيع ويشترى وهو ساكت فليس عليه شيء يلزمه لذلك لأن الأصل لا يجوز بيعه ولا شراؤه، فمن باع منه أو ابتاع فقد أتلف ماله، وليس سكوت الوصى رضا بذلك لأن من عرف حاله ذلك وجب عليه الامتناع منه، وإن لم يعرف حاله وجب عليه البحث، وكذلك الصغير يبيع ويشترى بمحضر أبيه، فإن ثبت أن الوصى سفيه نظر إلى المبيع، فإن كان وقت البيع ثمن قيمته جاز البيع وإلا صرف، ذكر ذلك فى «الاستغناء»، ومنه أيضاً إذا أوصى الرجل بنيه لرجل ومات فقام رجل من قرابة بنيه أو غيرهم يريد الكشف عليه لم يكن له ذلك ولم يعرض له إلا أن يقوم بوجه يتبين للقاضى الكشف عليه مثل أن يكون لا مال له أو يكون عليه ديون ويخشى أن يغرمها من مال اليتيم ولا يوجد له قضاء وما أشبه ذلك، فينظر القاضى حينئذ فى ذلك، وكذلك إن كان وصياً من عند قاضٍ، قال أحمد بن نصر: لا يكشف عليه قريباً

كان القائم أو بعيداً إلا أن يستراب فى نظره أو يخاف منه مثل أن يلحقه دين أكثر مما بيده ونحو ذلك، قال غيره: وهذا إذا كان أصل المال عنده معروفاً، فإن لم يكن معروفاً وجب تعريف قدر ما عنده، وكذلك الأب فى ابنه الصغير، وسئل ابن رشد فى رجل له ولى محجور وله مال وتصدق عليه بصدقات ونحل نحلاً، فطلب هذا الرجل من وصيه أو من الحاكم نسخ تلك العقود وقام فى الكشف لوصيه عما بيده من مال المحجور إذا زعم أنه وارثه وأن المال إن توفى هذا المحجور صار إليه، هل له فى ذلك حجة أم لا؟ فقال: ليس لوارث اليتيم أن يستكشف وصيه عما له بيده من المال ويخاصمه فى ذلك، ولا أن يأخذ منه نسخ عقوده، وعلى الوصى أن يشهد ليتيمه بماله بيده فإن أبى من ذلك أخذه الحاكم ببيانه أى يوقف فيعين ما لليتيم عنده، وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا أراد الرجل القيام بالحسبة على وصى إلى نظره أيتام بإيصاء أبيهم ليعرف مقدار ما تخلفه أبوهم عنده لهم، وليوقفه أيضاً على ما تركه المتوفى فله ذلك، وسواء كان الموقف ممن يرث الأيتام أولا يرثهم، وإن أنكر الوصى بعد ما وقف عليه ولم تكن له بينة فعليه اليمين، ولا يؤخر اليمين، فإن كانت الوصى أم الأولاد دخله الاختلاف فى تحليفها لهم، ويجوز الاحتساب للأيتام إذا لم يكن لهم وصى بخلاف إذا كان لهم، وللقاضى أن يفرض للوصى أجرة على نظره إذا كان ذلك سداد للأيتام، والقول قوله فيما يدعيه من النفقة للمحاجير، وفى دفعها إذا أشبهت مثل نفقتهم فى حضانته كانوا أو فى غير حضانته من غير بينة، قال أحمد بن نصر: وقوله مقبول فى ذلك، وعلى الحاضن لهم أو عليهم أنفسهم البينة أنهم لم ينفق عليهم، وإلا فالقول قوله من غير يمين تلزمه فى دعوى الأيتام فى ذلك،

وللحاضن اليمين عليه فى دعواه، وقال بعض المفتيين: عليه اليمين إن اتهم، وقال غيره: هو مصدق فى الإنفاق على اليتيم، ولا يصدق فيما زعم أنـــه دفعـــه إلى الحاضن، إلا بالبينة أو تصدقه الحاضنة، قال ابن الحاج فى «مسائله»: وإن احتاج الصبى إلى من يخدمه وهو فى عمله الوصى فإن تجافى له الوصى عن ذلك فحسن وإلا فعلى الصبى من مؤنة الخادم على قدر مؤنة الصبى من مؤن الوصى ومن فى داره، وفى كتاب «الاستغناء»: قال المشاور: إن كان اليتيم يـــستطيع الخدمـــة والعمل ويجد من يستأجره بنفقته وأجرته ليخدم فأبى عن العمل وله أصل لطيف يريده بيعه وأكله، فإنه يؤاجر فى عمل يستطيعه على رغم أنفه وينفق عليه مـــن أجرته، ويحبس له أصله، ولا يقبل قول الصبى أن يقول: قد أنفقت مـــن مالـــه وهذا الباقى إلا أن يحاسب ما أشبه وكان سداد فبذله وطلب بالباقى، وإذا تحقق الوصى رشد محجوره لزمه إطلاقه وأن يدفع إليه ماله، فإن لم تدفع لـــذلك ولم يدفع إليه ماله وتلف عنده فهو له ضامن سواء تلف ببينة أو بغير بينة لأنه متعد فى حبس ماله ظالم.

ويكتب فى ذلك: عقد لما أنس فلان الوصى على فلان بعهد أبيه الرشد من محجوره فلان المذكور وحسن نظره لنفسه ومعرفته بالبيع والـــشراء ووجـــوه التصرفات كلها رشده لرشده، وملكه أمر نفسه ومالـــه، وألحقـــه بالمـــالكين أمورهم، ولم يبق له عليه سبيل حجر ولا ولاية، وبمحضر المرشد المذكور وقبوله لذلك، واعترافه أنه الطالب لذلك والراغب فيه، وشهد على الوصى والمرشد بما فيه عنهما فى كذا، ويجوز لهذا الوصى الذى من قبل الأب إطلاق محجوره وإن لم يثبت رشده، وهو مصدق فى ذلك، قال ابن رشد: وقد قيل: إن إطلاقـــه لا

يجوز حتى يعلم رشده وهى رواية أصبغ عن ابن القاسم، وأما وصى القاضى فلا يجوز له إطلاق محجوره إلا بإذن القاضى وبعد ثبوت رشده، وقيل: إنه إذا أطلقه دون استئمار القاضى بعد وإن لم يعلم رشده كوصى الأب، والأول هو المعمول به.

ويكتب فى ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمونه رشيداً فى أحواله ضابطاً لماله عارفاً بالبيع والشراء والأخذ والإعطاء، ووجوه التصرفات كلها ممن يجب أن يرشد لرشده ويمتلك أمر نفسه وماله ويرفع عنه حكم الحجر الذى لزمه لفلان الناظر عليه بعهد الأب وحاله متصلة على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، فإذا ثبت هذا أعذر إلى الوصى.

فيكتب فيه ما نصه: أعذر إلى الوصى فلان المذكور فى رسم الاسترعاء بكذا على الواجب، وأعذر فيه إلى الوصى فلان ولم يكن له فيه مدفع، وثبت ذلك لديه أو أجله وثبت عجزه، وسئل منه النظر فيما ثبت لديه من ذلك فاقتضى نظره أن أطلق يد المحجور فلان المذكور على ماله ورشده لرشده وألحقه بالمالكين أمورهم فيما لهم وعليهم، ورفع عنه حكم الحجر الذى قد كان لزمه لفلان، ولم يبق عليه سبيل حجر ولا ولاية لأحد، وبمحضر المرشد وقبوله ذلك واعترافه أنه الطالب لذلك والقائم به، وشهد على القاضى بما فيه عنه من أشهده به بموضع نظره من كذا بتاريخ كذا، وأشهد المرشد أيضاً لما فيه عنه وعرفه، وهو بحال صحة وجواز من الآن، وبمضمن الترشيد، وفى التاريخ.

بيان: جرى العمل بأن يستكثر من الشهود فى الترشيد العدول وغيرهم ولا يجزى فى ذلك شاهدان عدلان كسائر الحقوق، فإن لم يوافق الوصى على الترشيد وأتى بشاهدين عدلين يشهدان بأن اليتيم بحال سفه عمل بهما، وكانت شهادة السفه أعمل، وفى كتاب «الاستغناء»: قال المشاور: إذا تعارض الترشيد والتسفيه فإنه ينظر إلى أعدل البينتين ويقضى بها،وهو أولى لأن السفه فى المال ظاهر وليس كالتجريح، لأن التجريح إنما يكون بالفسق وهو غير ظاهر فلذلك يقضى بشهادة التجريح، فإن تكافأت الشهادتان سقطتا وكان على أصل السفه، وفى «مسائل ابن الحاج»: أفتى الفقيهان أبو محمد بن دحون وابن الشقاق فى رجل أوصى إلى الوصى أنه إذا بلغ ابنه عشرين سنة أطلقه من الولاية أنه باق على حاله حتى يظهر رشده ويثبت ولا ينفعه شرطه، وأفتى أبو محمد الإشبيلى بأن شرط الأب نافع، وقضى بذلك القاضى أبو المطرف بن بشير، وسئل ابن رشد فى رجل حجر عليه حاكم بيع عقاره دون ما سوى ذلك من تصرفاته هل هذا حجر أم لا؟ فأجاب: تحجير الحاكم على الرجل بيع عقاره دون ما سوى ذلك من تصرفاته خطأ من الحكام لأن الله تعالى قال: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ [النساء: ٥]، نعم ولا يخص عقاراً من غيره، ومن الدليل على خطأ هذا الحاكم إذا أطلقه على التصرف فيما عدا بيع عقاره لزمه ما تداين به فوجب أن يباع عليه فى ذلك عقاره، فمن ثبت سفهه ممن ليس فى ولاية أو من لم يثبت رشده ممن هو فى ولاية لم يصح أن يطلق يده على التصرف فى ماله دون بيع عقاره إلا على وجه الاختبار فيكون لذلك وجه، فإن حكم القاضى على رجل ليس فى ولاية بأن حجر عليه بيع عقاره دون ما سوى ذلك من تصرفاته فباع

شيئاً من عقاره رد بيعه إلا أن يبيعه فى دين لا وفاء له إلا أن يبيع عقاره، وإن حكم بذلك على رجل قد لزمته الولاية فباع شيئاً من عقاره رد بيعه إلا أن يكون باعه فيما يبيعه القاضى عليه لو لم يطلق يده لأن هذا سفيه لم يتحقق رشده، والآخر سفيه لم يتحقق سفهه، فبان الفرق بينهما، هذا الذى أراه فى هذه المسألة على منهاج قول مالك، ويجوز للوصى أن يدفع إلى اليتيم بعض ماله ليتجر به على وجه الاختبار إذا رأى منه استقامة وخيراً، ويصح قبضه ذلك بالإشهاد.

ويكتب فى ذلك: عقد أشهد فلان الناظر على اليتيم فلان بإيصاء أبيه أو تقديم أن محجوره فلاناً رغب إليه أن يدفع إليه من ماله الذى له بيده ما يتجر به فأجابه إلى ذلك لما رآه من استقامته ورجاه له فى ذلك من المصلحة، ودفع إليه كذا وكذا ديناراً من الذهب فقبضها منه ليتجر بها، ويختبر رشده فى تصرفه وحسن نظره، وشهد عليهما بما فيه عنهما من عرفهما، وعاين الدفع وقبض اليتيم العدة المذكورة ومصيرها بيده، وفىتاريخ كذا، فإن أتلف هذا المال بيد اليتيم لم يضمن الوصى إلا أن يرى أنه ممن لا يصلح مثله للاختبار لشدة سفهه فيكون عليه الضمان، فلذلك ينبغى أن يزاد فى العقد بمن يعرف أن اليتيم ممن يصح اختباره، وفى مديان «المدونة» التفرقة بين اليتيم إذا بلغ أو لم يبلغ، فقال: إذا لم يبلغ لم يجز للوصى أن يدفع إليه ما لا يختبره به، وكذلك الأب، وقال ابن عبد الغفور: وقد أجاز ابن القاسم للأب والوصى أن يأذنا للصبى فى التجارة إذا كان قوياً وكان ذلك نظراً له، وفى كتاب «الاستغناء»: إذا طلب اليتيم المال ليتجر به نظر، فإن كان ممن يدخل الأسواق ويعامل الناس وينكر على المغبون

دفع إليه ما يتجر به، فإن أخرجه من يده بغير ما يجب إخراجه استرجع منه، وقيل: يدفع إليه القليل ليختبر به،وإن لم يدخل الأسواق، فإن أنكر اليتيم أن يكون أعطاه مالاً للتجر كان الوصي مصدقاً وحسب له ذلك مع نفقاته إذا علم أنه يتجر، وهى رواية ابن حبيب، وقد قيل: إنه لا يقبل قوله فى ذلك إلا بالبينة كدفع المال إليه والنفقة إذا لم يكن فى عياله، ولا يلزمه الدين إن ادَّانَ شيئاً، قال بعض الشيوخ: فإن أشهد الوصي أو الأب أن ما أدرك المختبر من دين ففى أموالهم أموال الصبيان جاز عليهما، ولزمهما ذلك بمنزلة ما لو وكلاه على شيء من أموالهما فإقراره فى ذلك وفعله جائز، قال: ويلزم الأب أو الوصى اليمين إن أنكر الصبى فى دعوى المدعى عليهما أنهما لم يطلعا على ذلك، ولا أقر عندهما به، ولا يجوز للقاضى أن يقدم على حرز الأصول خاصة، وتكون يد اليتيم مطلقة على الاستغلال والإنفاق على نفسه إذا لم يكن فيه إلا بمقدار نفقته ولا يفضل منها شيء، فإن زادت غلاته أو ورث ما لا غير ذلك قدم عليه القاضى ومنع اليتيم منه.

ويكتب فى ذلك: عقد أشهد القاضى فلان أنه ثبت عنده بمن قبل، وأجاز يتيم فلان، وأنه لا وصى عليه من أب ولا مقدم من قاض، وأنه ليس فى مستغل أملاكه وفائد ربعه فضل عن نفقته وكسوته ومؤنه مع مؤن من تلزمه نفقته، فقدم فلاناً على أصوله تقدم احتراز لها خاصة، وأطلق يد اليتيم فلان على استغلالها، وصرف ذلك فى نفقته ومؤنه، وقبل ذلك فلان من تقديمه، وشهد على القاضى بما فيه عنه من أشهده المقدم بالقبول فى كذا، وليس لهذا المقدم أن ينظر فى شيء من أمور اليتيم سوى ما قدم عليه خاصة، فإن قدم على اليتيم

وصيان فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالنظر عن صاحبه إلا أن يشترط المقدم أن من عاقه منهما عائق انفرد بالنظر فيكون له ذلك عند العائق، فإن تنازعا فى المال، فقال ابن القاسم: لا يقسم بينهما وهو ظاهر قول سحنون وأشهب ومحمد بن عبد الحكم، وقال علي بن زياد: إذا تشاحا فى المال قسم بينهما، وإن ضاع عند أحدهما ما عقده فلا ضمان عليه، وحكى ابن حبيب عن ابن الماجشون أنهما إذا اقتسماه ضمناه، وإن ضاع ما بيد أحدهما ضمنه صاحبه معه حين أسلم ذلك إليه، قال المشاور: وإن باع أحدهما مما عنده لم يجز بيعه ويرده الآخر ويضمنه إن فات، قال بعضهم: والأحسن عند الاختلاف أن يجعله القاضي عند أمين، ويأمرهما جميعاً أن ينفذاه فى وجه من غير أن ينفرد به أحدهما، فإن تلف لم يضمن، وأما المشرف إذا كان على وصي فإنما يكون المال عند الوصي، قال أحمد بن نصر: وله إجراء النفقة والكسوة على محجوره، ولا يكون ذلك علي المشرف، وغنما للمشرف النظر فى البيع والشراء لا يكون إلا برأيه، فإن فعل ذلك بغير رأيه رده إذا لم يكن نظراً، وقال غيره: للمشرف أن يشرف على أفعال الوصى كلها من إجراء النفقة وغيرها ولا يتغلب فى شيء إلا بمعرفته، فإن فعل شيئاً من ذلك بغير علمه مضى فعله إن كان سداداً وإلا رده المشرف، وإن أراد أن يرد السداد لم يكن له ذلك، ونظر السلطان فيه.

فصل الوصية

والوصية مستحبة، وقيل: واجبة وقال عبد الحق هى على ضربين واجبة ومستحبة، فإن كان عليه حق أو له فهى واجبة، وإن لم يكن عليه حق ولا له فهى مستحبة، وتجوز فى الصحة والمرض، ولا تجوز بأكثر من ثلث ماله ويستحب له أن ينقص منه.

ويكتب فى ذلك: عقد عهد فلان وأوصى أنه متى حدث به حدث الموت الذى لابد منه ولا محيص لمخلوق حى عنه فيخرج الربع الواحد أو الثلث من جميع متخلفه الأصل وسواه، ويدفع لقريبه فلان يكون ماله ومتاعه أو يتصرف فى وجوه كذا على وجه الوصية وسنتها قاصداً بذلك وجه الله تعالى وجميل ثوابه عهداً صحيحاً عرف قدره وشهد على العاهد المذكور فى كذا.

بيان: وتصح من السفيه والصغير المميز إذا عقل القربة، ومن الكافر، ولا تصح من العبد، وتصح له، ولا يفتقر إلى إذن السيد، وكذلك تصح لكل من يتصور تملكه فتجوز للحمل الظاهر ولحملٍ يكون، فإن لم يستهل بطلت، وهى بكل شيء يمتلك، وتصح بالحمل والثمرة، ولا تجوز للوارث باتفاق لقوله عليه الصلاة والسلام: **«لا وصية لوارث»**[1]، فإن أجازها الورثة فهى جائزة عند جمهور العلماء لأن المنع من ذلك لحق الوارث، وقال أهل الظاهر: لا تجوز، وإن أجازها الورثة، لأن المنع من ذلك عبادة غير معقولة المعنى، وعلى ما ذهب إليه الجمهور هل تكون إجازتهم إمضاء أو عطية مبتدأة فتفتقر إلى حيازة؟ فى ذلك

---

(1) أصل الحديث أخرجه البخارى فى ((صحيحه)) كما أخرجه الترمذى ومالك.

قولان، فإن كان إذنهم فى صحة الموصى فلا تلزمهم باتفاق، وإن كان بعد موته فهو لازم لهم ولا رجوع لهم فيه بلا خلاف، وإن كان فى مرض الموصى الذى مات منه، ففى ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه تلزمهم، والثانى: أنه لا تلزمهم،والثالث: وهو المشهور فى المذهب أنه إن كانوا فى عيال الموصى أو ممن يناله رفده فلا تلزمهم ولهم الرجوع فيه، وإلا فهو لازم لهم، قال ابن القاسم عن مالك: وإنما يلزم إذن الوارث للمريض إذا كان بائناً عنه فأما زوجاته وبناته الأبكار ومن فى عياله فلهم الرجوع بعد موته، قال ابن كنانة: ويلزم المعنسة، فقد تخاف من وجوه إن صح، وليس التى يسألها زوجا فتأذن له كالتى تبتدئه فينظر فى ذلك الإمام، قال أشهب: وليس كل زوجة لها أن ترجع رب زوجة لا تذهب معه فهذه لا ترجع، وكذلك ابن كبيرة غير سفيه فى عياله فلا رجوع له إذا كان لا يخدع، وقال ابن القاسم: لمثل هؤلاء أن يرجعوا إذا كانوا فى عياله، فإن صح الموصى من مرضه الذى وقع الإذن له فيه ثم مات فلا يلزمهم ذلك الإذن، وهو كما لو أذنوا له فى الصحة، فإن أذنوا له فى صحته عند خروجه إلى غزو أو سفر فمات فى سفره فذلك لازم لهم كما لو أذنوا له فى مرض الموت، قال مالك فى رواية ابن القاسم وابن عبد الحكم عنده، وخالف فى ذلك ابن وهب، فقال: لا يجوز، وصححه أصبغ، وفى «سماع يحيى» من «كتاب الوصايا»: سألت ابن القاسم عن الرجل يوصى بثلث ماله لأم ولده وله منها أولاد، فقال: ذلك جائز، ويحمل من ذلك ما يحمل ولا ترد الوصايا بسوء الظن، قلت: فالمرأة توصى لأم ولد زوجها؟ فقال: أما الشىء التافه اليسير فهو جائز وإن كان كثيراً يرى إنما أرادت به المحاباة لزوجها فهو

مردود لأن ما هو لأم الولد فهو للسيد إن أحب نزعه، وأما ما أوصت به لأبوى زوجها ولأخوته أو لبعض أخوانه المصافين له، وكل من يخشى أن تكون إنما أرادت به رد ذلك على زوجها غير الذى يتهم به لا يعرف ولا يظهر سبب يدل عليه إلا ظنا به فإنه ماض، ولا ترد وصيتها لسوء الظن، ولعل الذى أوصت له لا يريد أن يعطى الزوج من ذلك شيئاً، وقال أصبغ مثله، وكذلك وصية الرجل لولد وأبوهم حى وارث فهى جائزة، قيل لأصبغ: فهل على الموصى له يمين فى هذه المسائل كلها إن لم يكن ذلك توليجاً من الميت إليه ليرده على وارثه؟ قال: لا يمين عليه، وهو مؤتمن، وسواء كانت وصيته لأجنبى أو ذى قرابة لا يمين عليهم ولا يرد فعل الميت ذلك بالظنة والتهمة، قال ابن رشد: هذه المسائل كلها بينة صحيحة إلا قول أصبغ أنه لا يمين عليهم فيدخله الاختلاف الواقع فى لحوق اليمين فى التهمة، وإن قطع الوارث بأن ذلك كان توليجاً، ووجه الدعوى بذلك، فاليمين لازمة باتفاق، ولا تكون الوصية إلا فيما علمه الموصى دون ما لم يعلمه من أرث وغيره، وكذلك ما أقر به من دين لوارث فرده الورثة أو أوصى به له فلا تدخل فى ذلك الوصايا، فإن أقر بدين لمن يجب إقراره فنكل عن يمين القضاء فإن الوصية تدخل فى ذلك، وإذا قال الورثة فى بعض ما تخلفه المتوفى من مال لم يعلمه وأراد إخراج الوصايا مما عداه، فقال ابن زرب: على الموصى لهم إثبات أنه علمه وإلا لم تكن الوصية إلا فيما قال الورثة إن علمه، والإثبات على الموصى لهم فيما شك فيه، وانظر فى «الواضحة» فيمن قال: ثلث مالى صدقه على فلان عشت أو مت ثم مات فادعى ورثة الموصى أنه أفاد أموالاً بعد الصدقة، وقال الموصى له: لم يفد شيئاً ففى ذلك اختلاف، قال

ابن رشد: والأظهر أن يكون له ثلث جميع ماله يوم مات على حكم الوصية، وإن علم أنه أفاده بعد ذلك لقوله: عشت أو مت لكان قولا كالذى يوصى بثلث ماله لرجل فله ثلث ما أفاد بعد الوصية، وذلك كله بخلاف إذا ساق الرجل لزوجته نصف ماله أو جزءاً منه فى صداقها ثم بعد مدة ادعى أنه اكتسب حقلاً أو ملكاً غيره وأنكرت ذلك المرأة وأرادت أخذ الجزء من ماله كله ولا بينة لواحد منهما على دعواه، فهنا تأخذ المرأة جزأها من جميع ماله الآن حتى يثبت اكتسابه لذلك بعد ذلك، ذكر ذلك ابن رشد، قال: ولا خلاف فى ذلك، ولا يستحق الموصى له شيئاً إلا بعد موت الموصى، فإن مات الموصى له قبله فلا شىء لورثته بخلاف الهبة، وإن كان الموصى لهم جماعة فمات أحدهم ففى ذلك ثلاثة أقوال: أحدها: أن حقه يرجع لأهل الوصايا، والثاني: أنه يرجع إلى ورثة الموصى، والثالث: أنه إن علم الموصى بموته فهو لأهل الوصايا، وإن لم يعلم بموته فيرجع إلى ورثة الموصى؛ لأن الوصية لا تكون إلا فيما علم به، وله الرجوع فى وصيته فى الصحة والمرض، قال ابن الماجشون: وله أن يرجع عن كل عتق أوصى به إن شاء، وعن زكاة ذكر أنها عليه أو صدقة على مساكين أو غير ذلك من وجوه الوصايا، ويقول: لا تخرجوه عنى فذلك له، ولا يرجع عن العتق البتل ولا العطية البتل التى يقول فيها: عشت أو مت، ولا المدبر فى المرض، وقال مطرف عن مالك: له الرجوع فى وصيته كان فيها عتق أو غيره إلا المدبر فلا سبيل له إلى رده، وبه قال أصبغ عن ابن القاسم، وقال ابن الحاج فى «مسائله» إذا قال فى الوصية لا رجوع لى فيها أو فهم منه إيجاب ذلك على نفسه فهى كالتدبير لا رجوع له فيها، قاله أبو إسحق التونسى فى أول «كتاب

المدبر» من «كتابه»، و لم يقل ذلك غيره، وفيه نظر، ويصح رجوعه بالقول، والفعل كالبيع والعتق والكتابة، فلو باعه ثم اشتراه ففى رجوع الرقبة به قولان، وفى «مسائل ابن الحاج»: نزلت فى رجل أوصى بثلث ماله لأم ولده، وجعلها وصياً، وتوفى فوجدت الوصية فى قطعة كاغد أو رق مقطعه قد لفقت بخياطة وأقرت أم الولد أن الموصى كان خرج عليها فقطعها، فقال بعض الفقهاء: إن ذلك نسخ للوصية لا سيما وقد أقرت الوصية أن الموصى قطعها،وفى حديث ابن عمر أن تشق الصحيفة، فجعل شق الصحيفة إبطالاً للحق، ولو وجدت الوصية مقطعة و لم يعرف من قطعها لما كان لها نسخاً إذا ألفى منها ما يفهم منه مقتضاها حتى يثبت أن الوصى قطعها، ومن أوصى بثلث ماله لرجل ثم أوصى بمن لآخر و لم ينسخ الأول فإنه يكون بينهما، وكذلك إن أوصى بشىء معين من ماله لرجل ثم أوصى به لآخر فإنه يكون بينهما إذا لم يبين، وفى «المدونة» قال مالك -رضى الله تعالى عنه- فى رجل قال: أوقدوا فى هذا المسجد مصباحاً وأوصى مع ذلك بوصايا: أنه يحاص للمسجد بقيمة الثلث، وللوصايا بما سمى لأهلها، فما صار للمسجد وقف له، فإن قال: ذلك الذى أوصيت به لفلان يكون لفلان آخر فإنه يكون للآخر ولا يكون للأول شىء، وإن أوصى لرجل بوصية بعد أخرى فإن لم يتناقضا و لم تنسخ إحداهما بالأخرى نفذتا، وإن تناقضتا أو تناسختا أخذ بالأخيرة ويطلب الأولى، وفى «أحكام ابن سهل» فيمن عهد بفكك أسرى معينين فانطلقوا قبل أن تنفذ الوصية، فقال بعض أصحاب القاضى ابن زرب: تنفق فى غيرهم كمن أخرج كسوة لمسكين فيجد المسكين قد ذهب يستحب له أن يعطيها غيره، وقال القاضى ابن زرب: ليس مثله،

ويصرف مال الفداء إلى صاحبه، والدليل على ذلك ما فى «سماع أصبغ» فى الجنائز، قال مالك فيمن هلك و لم يكن له كفن فيجمع له عشرون درهما فكفنه رجل من عنده وبقيت الدراهم، فإنها ترد إلى أهلها إلا أن يشاؤا أن يسلموها إلى الورثة، وقال أيضاً ابن زرب فيمن أوصى بثلثه فى وجوه نصَّها فنفذت وبقى من الثلث بقيةٌ: أن تلك البقية تصرف على المساكين، قال: وبلغنى أن ابن أيمن كان يقول: تكون البقية ميراثاً، وقال فيمن أوصى بثلثه فى وجوه فسرها: إن الثلث يرجع ميراثاً، وفى «مسائل ابن الحاج»: سئل فى أسير أوصى لـه بثلث يفتك به واشترى له أخوه علجاً يفتك به أيضاً فلم يؤخذ الأسير ولا تمَّا خروجه، فقال: يكون الثلث الموصى به للأسير لورثته بعده وأما ثمن العلج فهو للأخ الذى اشتراه بعد أن يحلف أنه إنما اشتراه بماله ولنفسه ليفدى به أخاه لا أخيه، وأنه ليس لأخيه عنده مال إلا الثلث الموصى به، ولبعض فقهاء الشورى فيمن عمل عمل السلطان وظلم الناس أو كان قاهراً غاصباً أو قاطعاً للسبيل أو سارقاً أو تاجراً عاملاً بالربا ثم مرض وأراد التمخى مما نال من ذلك كله وأراد أن يوصى بماله كله عن ذلك للمساكين، وقال: إنى أفتيت من أموال النـاس أكثر من جميع مالى ولا أعلم أصحابه فأنا أوصى بجميع مالى عن ذلك للمساكين لم يكن له ذلك إذا أبى ورثته عن ذلك، وجاز له الثلث يفرق عنه فى ذلك الوجه، وكان ينبغى أن يفعل ذلك فى صحته، وأما إن ترك ذلك فى صحته فإذا مرض يعدى بماله عن ورثته فليس له ذلك، وأما إن أقر أنه ظلم رجلاً سماه أو غصب أو سرق منه أو اختلسه وكان الرجل مطالباً له مدعياً عليه فـذلك الدين يكون من رأس ماله إن مات، وإن عاش قضى عليه به، وإن أقر لقـوم لا

يطلبونه ولا يعرف وجه سبب ما أقربه، فإن كان لمن لا يتهم عليه أو كان يورث بولد جاز وإلا فلا، وإن أخدم رجل رجلا أو نظر له من رأس المال إن مات وقضى عليه به إن صح لأن سببه معروف قوى بملابسة له، وسولء ورث كلالةً أو بولد، وإن قال: لست أعرف أنى نلت له شيئاً وأنا أريد أن اتمخى منه بأن أوصى له بشىء كان فى ثلثه، وإلا فلا شىء له إلا أن يقر له الثانى ويطلبه بأمر معروض فيلزمه وإلا فلا، وفى «سماع ابن القاسم» عن مالك فى الرجل يوصى بدين عليه، فيقول: كنت أداين فلاناً وفلاناً فما ادعوا قبلى فهم فيه مصدقون أن ذلك لهم بلا يمين، وفى «أحكام ابن سهل» فى رجل أوصى وأقر لرجل بمائة مثقال قبله، وعهد أن يصدق فيها وتدفع إليه دون يمين، فقال ابن القطان: هى له بلا يمين وهى أبعد فى عدم وجوب اليمين من المسألة المتقدمة فى «سماع ابن القاسم»؛ لأنه قد حد الدين، وفى هذه المسألة لم يحدّ الدين، وقال ابن عتاب: لابد أن يحلف بما يجب ولا ينتفع بتصديق الموصى له.

وسئل ابن عتاب فى امرأة أقرت بدين وأوصت أن يعطى دون يمين، فقال قول ابن القاسم: إن ذلك يعطى دون يمين كما أوصت، وقال غيره: لابد من اليمين، قال ابن رشد: ومن أوصى بوصية أو بفكاك أسرى أو غير ذلك من وجوه البر وجعل تنفيذ ذلك لأجنبى أو لوارث وشرط فى تنفيذ وصيته دون مشورة قاض ولا تعقب حاكم، فإن شرط الموصى عامل نافذ، ولا يجوز لقاض ولا لحاكم أن يتعقب أمره ولا شيئاً منه ولا ينظر فيه، قال: وإنما الكلام فى ذلك للورثة إن كان مما تبقى لهم فيه منفعة كالعتق وشبهه أو يكون المنفرد وارثاً مخافة أن يأخذه لنفسه فتكون وصية لوارث، وفى «سماع أشهب»: سئل مالك عمن

أوصى إلى رجل بوصايا من عتق وصدقة وشبه ذلك، فأراد الورثة أن يكشفوه عنها، فقال: أما الصدقة فليس لهم أن يكشفوه عنها، وأما إن كان غير وارث ولا سفيه، فإن لهم أن يكشفوه عن العتق خاصة، قال ابن أبي زمنين: الذى جرى عليه أمر القضاء ببلدنا أن يكشفوا الأوصياء عن تنفيذ ما جعل لهم من الوصايا تنفيذ وإن كان الوصى ثقة مأموناً وهو أحوط فى زماننا هذا، قال ابن رشد فى «مسائله»: ولا يجوز للمقدم على تنفيذ الوصية مسامحة الورثة وإن اتهمه القاضى بذلك جعل معه من يثق به ويشركه معه، وإن قال الموصى: لا اعتراض عليه من حاكم ولا غيره، وهذا فى المأمون، وأما غير المأمون فيكلف إقامة البينة على تنفيذها على ما وقع فى «سماع أشهب» من الوصايا فإن لم يأت بالبينة على ذلك ضمن إن كان سارقاً معلنا وإن كان متهماً، ولم يكن بهذه الحال استحلف ولم يضمن إلا أن ينكل عن اليمين، وإن كان مأموناً لم يكن عليه يمين، وهو محمول على أنه مأمون حتى يثبت أنه غير مأمون، وفى «مسائل ابن الحاج»: ليس على الأوصياء ضمان فيما عهد تنفيذه لغير أعيان من وجوه البر وهم مصدقون ما لم يتبين كذبهم، وإنما أحدث القضاء أخذ الأوصياء بإثبات التنفيذ لما أحدث الناس من التضييع والطمع لا على أنه واجب، وإنما هذا فيما قرب، وأما ما بعد فلا يعرض للأوصياء فيه ويحمل على كل وصى من ذلك ما تحمل ما لم يظهر التفريط، وفى «الاستغناء» إن أوصى بتنفيذ ثلثه إلى سارق أو فاسق فليس للسلطان عزله ولكن يلزمه الإشهاد على تنفيذ ذلك لئلا يأخذه لنفسه، والذى لا يجوز فعله إلا فى الثلث هو المريض مرضاً يخاف منه الموت، والحامل إذا جاوزت ستة أشهر على مذهب مالك وجمهور العلماء، والمحبوس فى الدم،

وحاضر الزحف إذا كان فى صف القتال، وفى راكب البحر قولان، وذلك إذا اشتدت أهواله والصبى إذا كان من عشرة أعوام فأكثر فوصيته جائزة، قاله مالك، قال ابن القاسم: وإن كان أقل من عشر سنين فوصيته أيضاً جائزة بالشيء الخفيف ما لم يخلط.

فصل التوارث

والتوارث يكون بالنسب وهو البنوة والأبوة والجدودة والأخوة والعمومة والسبب وهو الزوجية والولاء، وبسط ذلك على وجهه فى كتب الفرائض، فإذا ذهب إلى إثبات الموت والوارثة،

فيكتب فى ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمون أنه توفى -رحمه الله تعالى- فأحاط بميراثه زوجه فلانة وبنوه منها أو من غيرها فلان وفلان وأمه فلانة لا يعلمون له وارثاً غير من ذكر، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

بيان: «قولنا لا يعلمون له وارثاً» هو على مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- قال: ولا يشهد بذلك حتى يكون عنده اليقين الذى لا يشك فيه أنه لا وارث له سوى من ذكر، وخالف فى ذلك ابن الماجشون، وقال: لابد له أن يقول: لا وارث له غير من ذكر ويسوق الشهادة هكذا، وكذا فى العبد لا مال له لأنه إن قال: لا أعلم أمكن أن يشهد الشاهد بذلك مع غلبة ظنه فيوقع الظن موقع اليقين وذلك لا يصح، ومالك يقول: لا يسوق اللفظ بهذه الصيغة لأنه يعطى القطع والبت فهو يضارع الغموس والزور، وقد تقدم ذلك، وإذا سقط

من العقد لا يعلم له وارث سوى من ذكر بطل، ولا تصح الشهادة فى ذلك حتى يقول الشاهد: لا يعلم له وارث سوى المذكور، وكذلك إن قالوا لا نعلم له وارثاً بموضع كذا ولا تجوز شهادتهم حتى يطلقوا، واختلف هل يحلف الورثة على نفى أن يكون له وارث سواهم أم لا؟ فمالك -رضى الله تعالى عنه- من رواية كأنه من «سماع أشهب» من كتاب الشهادات أنهم يستحلفون وأنكر ذلك ابن دحون، وقال: كيف يستحلف من شهد له أكثر من شاهد؟ قال ابن رشد: وإنكار ابن دحون اليمين ليس بشىء وله وجه ظاهر، والذى جرى به العمل أن لا يمين فى ذلك، واختلف أيضاً هل يحلف على البت فى ذلك كيمين الذى يستحق شيئاً ما باع ولا وهب أو على العلم، قال ابن رشد: والذى أقول به أنه لا يحلف إلا على العلم، فيقول: ما أعلم له وارثاً غيرى إذ لا يصح القطع فى ذلك، وإذا قام وارث على أحد بحق لموروثه أو دعوى، ففى «الاستغناء» قال المشاور: ولا يوقف عليه المطلوب إلا بعد إثبات موت الموروث وعدة ورثته وأنه منهم وتناسخ الوراثة حتى تصل إليه إن كانت، فإن لم يثبت ذلك فلا يكون له عليه يمين -أعنى على المطلوب- لأنه له حجة أن يقول: لعل مورثك أن يكون حياً أو يقدم، فيقول: لا حق له عندى، وكذلك إن قام الوارث بديون وودائع أو غير ذلك، قلت: فإن قال الوارث للمطلوب: أنت عالم بموته وعدة ورثته، قال: وإن أقر بذلك لم يقبل قوله لما فى ذلك من إلزام الحقوق وتوريث زوجه وإنفاذ وصاياه وغير ذلك، ولا يمين عليه فى ذلك، وإنما هو شاهد لا مقر، وقد قال أحمد بن ميسر: من أقر بقتل رجل لم يؤخذ به لما فى ذلك من التوريث وغير ذلك، وإن شهد الشهود فى ذلك على أعيان الورثة فحسن لأنها إلحاق

نسب وأخذ مال، وإن شهدوا على غير الأعيان فهو جائز، ويحمل الأمور على الصحة، فإن وقع بين الورثة تنازع واحتاج الحاكم إلى الإعذار إليهم فلابد من الشهادة على العين، وكذلك إن قال الشهود فى بعض البنين: إنهم لا يعرفون أسماءهم فالشهادة تامة إذا حققوا أن له بنين معلومين عندهم، وذكر عن ابن زرب أنه كان يقول فى رجل هلك وترك زوجة وبنيه منها فشهد الشهود أنهم يعرفون عين الزوجة ولا يعرفون أعيان البنات أن شهادتهم جائزة، قال: ولو شهدوا أنهم يعرفون أعيان البنات ولا يعرفون عين الزوجة لم تجز شهادتهم لأنهم يعذرون فى البنات لأنهن محمولات على الحجاب،ولا يعذرون فى الزوجات، قال ابن رشد: وليس قوله صحيح، ولا فرق فى ذلك بين الزوجات والبنات، وكذلك إن كان وارثه ابن عم له فتجوز الشهادة كذلك على القطع إذا صح ذلك عندهم، وإن كان أصل ذلك السماع، وإن لم ير من ينسب إليه.

ويكتب فى ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً، ويعلمون أنه توفى وأحاط بميراثه زوجه فلانة وابن عمه لحاً فلان لا يعلمون له وارثاً غير من ذكر ويعلمونهما ابنى عم لحاً كما ذكر يجتمعان فى جدهما الأقرب فلان لا يشكون فى ذلك، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، فإن لم يذكر اجتماعهما فى الجد اكتفى بقولك ابن عمه، وتمت الشهادة إن كان الشهود يحققون ذلك، وإن كان أصل ذلك السماع كما يشهد أن عبد الله بن عمر وأن عبد الرحمن بن القاسم[1]، ويثبت بذلك النسب والميراث، وإن لم يكن السماع مشتهراً عند الشاهد اشتهاراً يقع له العلم به فأما فى حياة المتوفى المنسوب إليه وإنكاره فلا يثبت به

(1) هكذا بالأصل ولعل فى الكلام سقط.

نسب ولا يوجب حكماً باتفاق، وأما بعد الوفاة فاختلف فى ذلك على ثلاثة أقوال:

أحدهما: أن يكون له الميراث فى المال ولا يثبت به النسب،وهو قول ابن القاسم، والثانى: أنه يثبت له النسب ويكون له المال، وهو قول أشهب، والثالث: أنه لا يثبت له النسب، ولا يجب له الميراث لأن المال لا يجب إلا بعد ثبوت النسب، وكذلك فى الولاء.

ويكتب فى ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمون بالسماع الفاشى المستفيض على ألسنة أهل العدل وغيرهم أنه ابن عم فلان الذى يعرفونه يجتمع معه فى جده فلان أو أنه مولاه بولاية العتاقة التى استفاض سماعهم لها، ويعلمون أنه توفى منذ كذا فأحاط بميراثه زوجه فلانة وابن عمه أو مولاه المذكور لا يعلمون له وارثاً غير من ذكر،وعلم ذلك على حسبه، واتصل حتى الآن فى علمهم،ويعلمون من ذكر أتم معرفة، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، ويستحق بهذه الشهادة الميراث للمولى المشهود له بعد يمينه أنه مولاه، وكذلك فىالنسب، قال ابن سهل: واختلف فىاليمين إذا رفع نسبهما إلى جد واحد، وأما إذا لم يرفعه إلى جد واحد فيقوى وجوب اليمين، وفى ذلك خلاف ضعيف ولا يستحق بذلك ميراث بنى المتوفى إلا أن يشهد له عند موت من يموت كمثل ما شهد فى هذا المذكور فيستحق المال خاصة، ولا يثبت بذلك نسب ولا ولاء فى قول ابن القاسم، وبذلك القضاء، فإن أقر الموروث بالولاء والنسب لغير الذى يثبت له ذلك بالسماع سقط الإقرار، وكان ذلك لمن ثبت له بالسماع،

ومن حاز نسباً مدة طويلة وثبت له بالسماع مثل أنه قرشي ونحو ذلك فعلى من نفاه منه الحد.

ويكتب في الإقرار بالنسب أو الولاء: عقد أشهد فلان على نفسه قولا بالحق ووقوفاً عنده أن فلاناً ابن عمه لحاً يجتمع معه في جده فلان أو مولاه بولاء العتاقة إذ كان والده فلان قد أعتقه، وأنه وارثه وعاصب تركته ما لم يكن له ولد ذكر يحجبه، إشهاداً صحيحاً عرف قدره وشهد على إشهاده في كذا وعلى عين المقر واعترافه بصحة ذلك، وإن أشهد بذلك كل واحد منهما لصاحبه،

فيكتب في ذلك: عقد أشهد فلان وفلان على أنفسهما أنهما ابنا عم لحاً يجتمعان في جدهما فلان أو أنهما أخوان لأب واحد، وان كل واحد منهما وارث الآخر وعاصب تركته ما لم يكن له من يحجبه، وشهد عليهما بذلك في كذا.

بيان: وهذا الإقرار جائز، ويجب الميراث للمقر له ما لم يكن له عاصب غيره معروف النسب فيكون المعروف أحق بالميراث، وكذلك إن أقر بابن وألحقه به أو غيره من الأولياء والعصبة فيلحق به ويكون له الميراث إذا جهل نسب المقر به ولم يعرف، وسواء كان كبيراً أو صغيراً ما لم يكذب العقل لصغره أو العادة أو يكون مشهور النسب، وقال سحنون في الابن لا يقبل إقراره ما لم يتقدم له إقرار أو ملك يمين وإن مات المقر له فقام أولاده بهذا الإقرار لوالدهم فلا يكون لهم ميراث إلا أن يقر لهم أنفسهم، وفي «العتبية»: قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول فيمن شهد عليه أنه كان يقر أن ولاءه لبني فلان كبني زهرة أو بني تميم

وما أشبه ذلك: لا يكون لأحد من هؤلاء ميراث قليل ولا كثير إذا سمى لفخذ هكذا بعينه حتى يبين لمن هو منهم خاصة وحتى يسمى القوم بأعيانهم أو فى الأب بعينه غير الأب الجامع، قال ابن رشد: وهذا صحيح وهو مما لا اختلاف فيه لأن الولاء كالنسب فلو ثبت لرجل أنه من بنى تميم أو بنى عمرو بن كلاب ولم يعرف من عصبته بأعيانهم ولا معرفة فعددهم منه حينئذ فميراثه لجماعة المسلمين، ولم يكن لواحد منهم للجهل به، وكذلك الأمة إذا أقر سيدها بوطئها فأتت بولد حى أو ميت علقه فما فوقها فإنها تكون بذلك أم ولد، وإن أتت به سقطاً من غير معاينة أحد للولادة فإنها تصدق فى ذلك إذا رأى النساء أثر ذلك عليها، فإن قال فى مرضه: هذه ولدت منى ولا ولد معها فإن كان له ولد من غيرها جاز إقراره وعتقت من رأس ماله وإلا لم يصدق ورقت، وكذلك إن مات سيدها وقد كان أقر لها فى صحته بجميع ما فى بيتها من الثياب والماعون والحلى والقليل والكثير، فإنه يكون لها، وكذلك إن شهد به لها مجملاً وإن لم يشهد لها بذلك فلا يكون لها إلا الشىء القليل مثل كسوتها وشبه ذلك، وإن أدعته وكان من ربها وهى فى ذلك بخلاف الحرة.

ويكتب فى ذلك: عقد أشهد فلان على نفسه أنه برأ أم ولده فلانة من علقه كلها وتبعاته بأجمعها، واعترف أنه لا مدفوع له عندها ولا مودع لا فى ذمة ولا فى أمانة وأن ما يتعلق عليه موضع سكناها معه من الأثاث والمتاع وما بيدها من الحلى وغيره مما هو شاكلة النساء فهو ما لها ومتاعها لا حق له فى شىء من ذلك، فمن ادعى عليها فى شىء من ذلك بدعوى أو طلبها بمطلب بسببه فى حياته أو بعد وفاته فمطلبه باطل ودعواه كاذبة أو قصد تحليفها أو تعنيتها فالله

حسبه وسائله إشهاداً صحيحاً عن قدره والواجب فيه، وشهد على إشهاده بذلك فى كذا، وكذلك تعقد للزوجة إن ذهبت إلى ذلك، وقد اختلف فى موجب هذه الوثيقة، فقال ابن زرب: ذلك لها، ويصح إشهاده لها بذلك، ولابد من اليمين، وحكى أن بعض الشيوخ كان يفتى بأن لا يمين عليها إلا أن يحقق الورثة عليها ما يجب عليها فيه اليمين، قال: وهو ضعيف، ولابد فيه من اليمين، وقال ابن رشد: عقد مثل هذه الوثيقة لا يجوز وإقراره لا يصح وإشهاده وعدم إشهاده سواء، وهذا كله إذا كان الإشهاد فى حال الصحة، وأما إن كان الإشهاد وهو مريض فلا خلاف بينهم أنه لا ينفذ، وسئل ابن زرب أيضاً فى ذلك، فقال: أما ما كان من زيها وزيه فلا تأخذه إلا بعد يمينها، وأما ما كان من زيها فإنما تأخذه بلا يمين، وأفتى ابن وضاح المرسى بأن ذلك واضح عامل إلا فى ذهب أو فضة دنانير أو دراهم، وأما ما كان من ثيابه أو زيه أو عروض أو طعام فهو موروث إلا أن يعين ذلك فى صحة ويعينه الشهود، والحكم فى الاختلاف فى متاع البيت فى الموت والحياة والطلاق وبقاء العصمة واحد غير أن الورثة فى الموت يحلفون على العلم، وذلك فيما كان فى بيت السكنى، وأما ما لم يكن فى بيت السكنى فهو لمن حاز،وقد اختلف فى ذلك، فقال مالك فى «المدونة»: إذا اختلفا وهما زوجان أو عند الطلاق أو عند الوراثة بعد الموت وهما حران أو عبدان أو أحدهما حر قضى للمرأة بما هو شأن النساء وللرجل بما هو شأن الرجال وما يصلح لهما قضى به للرجل لأن البيت بيته وهو تحت يده فيقدم، ووافق مالك فى ذلك أبا حنيفة وفقهاء المدينة السبعة، وقال الشافعى – رضى الله تعالى عنه– لا يتقدم أحدهما على الآخر لا بحجة كالصباغ والعطار إذا

تداعيا آلة العطر فلا يقدم أحدهما على الآخر، قال ابن يونس: وإذا فرعنا على مذهب مالك فيحلف من قضى له منها بشيء ولا يأخذ إلا بعد يمينه، وقال سحنون: لا يحلف وما عرف لأحدهما فيأخذه بلا يمين، وقال ابن القاسم: ما كان شأن الرجال وشأن النساء قسم بينهما بعد أيمانهما، قال ابن حبيب: ولا يكفي أن يقول: هذا لى لأنه من متاع البيت حتى يقول: هو ملكى، وإذا كانا فى البيت فحاز أحدهما فى يده وقبضته ما يصلح للآخر دونه فالقول قول من حازه دون الآخر، قال الطرطوشي: الذى يقضى به للمرأة الحلى وثياب النساء وجميع الجهاز من الطشت والبسط ونحو ذلك، والذى يقضى به للرجل السلاح والمنطقة وثياب الرجل ونحو ذلك، والذى يصلح لهما كالدار لسكناهما والرقيق، وأما أصناف الماشية فلمن حازها لأنها ليست من متاع البيت، وكذلك البغال والخيل والحمير فى المرابط فهى لمن حازها، وسواء كانا قابضين على الشيء معاً أو هو فى الدار الحكم فى ذلك واحد، وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا وجد فى التركة ذهب ناض فادعته المرأة لنفسها فإن قام لها دليل مثل أن تكون قريبة عهد ببيع أصل أو عرض يكون ثمنه مثل ذلك الذهب فالقول قولها مع يمينها، وإلا قضى به للورثة مع أيمانهم لأن ذلك مما يمكن أن يكون لها أو له، وقد كان بعضهم يراعى أن يكون الذهب فى وعاء يكون للمرأة كالدرج والحق فيكون لها مع يمينها، قال بعضهم: والأجنبيات وذوات المحارم والزوجات فى ذلك سواء إذا كان رجل وامرأة يسكنان فى دار واحدة، قال بعض الأئمة: ولو اختلف عطار ودباغ فى المسك والجلد والقاضى والحداد فى القلنسوة والكير وكانت لهما عليه شاهد يد حكمية فى دار يسكنانها أو بأيديهما أو تنازع رجل وامرأة

رمحاً أو دملجاً وهما يتخذانه، فالقول فى ذلك كله قول من يشهد لـه العـرف والعادة، فيحكم للرجل بالرمح مع يمينه، وللمرأة بالدملج وللعطـار بالمسك، وللحداد بالكير،وهذا أصل لا مناقضة فيه، وفى «مسائل ابن الحاج»، قال ابـن مزين: وإذا ادعت المرأة ما يشاكلها من تركة زوجها فعليها اليمين، وإن كـان الورثة أولادها، وليس هذا من دعوى الولد لأن السنة أحكمت أن تحلف، ومن مات وترك مالاً حراماً فلا يرثه ورثته ولا تجوز فيه وصاياه، والحكم فيه أن يرد إلى أربابه إن علموا أو إلى ورثتهم، فإن جهلوا بحث عنهم، فإن أيـس، مـن معرفتهم تصدق به عنهم على أحوج ما يوجد، وينوى عن أربابه لأن حكمـه حكم الصدقة، وقيل: إن حكمه كالفىء فيوضع فى أهم أمور المسلمين، والفىء مصرفه مصالح المسلمين وهو حلال للغنى والفقير، ويبدأ بأهل الحاجة منهم، ولا يخرج من بلده إلا أن تنزل بغيرهم حاجة، قال ابن الحاج فى «مسائله»: فعلـى هذا من بنى به مسجد أنفذ وصلى فيه على القول بأنه فىء ولا غرم عليه للمال، وإن كان غير المسجد أهم من المسجد وهو كمن تصدق على مسكين وثم آخر أهم منه،وعلى القول بأن حكمه حكم الصدقة يكون عليه غرم المـال ثانيـة، ويتصدق به على المساكين لأن ما شأنه الصدقة من المال لا يوضـع فى بنـاء مسجد، قال ابن رشد: فإن كان الورثة فقراء مساكين ساغ لهم أن يأخـذوه على وجه الصدقة لا على وجه الميراث قال: وقد قيل: إنهم إن كانوا ممن ينتفع بهم المسلمون ويغنوا عنهم فى وجه من الوجوه التى يجب أن يرزقوا عليها مـن بيت المال فلهم أن يأخذوه ولانتفاع المسلمين بهم على القول بأنه حكمه حكم الفىء.

والمال الحرام إما أن يكون قائماً بعينه لم يفت رده إلى أربابه ويكون قد فات وترتب فى ذمته وأخذ به، فإن كان قائماً بعينه وجب رده إلى أربابه أو إلى ورثتهم إن علموا، وإن جهلوا تصدق به عنهم كما تقدم أو صرف فى الوجه الثانى على القول به ولا يحل لمن هو بيده أن يتركه عنده ولا لأحد أن يشتريه منه ولا يبايعه فيه إن كان عيناً، ولا يأكله إن كان طعاماً، ولا يأخذه فى حق له عليه ولا يقبله هبة ولا يرثه عن الذى تركه، ومن فعل شيئاً من ذلك وهو عالم كان سبيله سبيل الغاصب فى جميع أحواله، قال ابن رشد: وكذلك إن فات عند الغاصب إفاتة لا تقطع تخيير صاحبه فى أخذه كذبح الشاة وبناء البقعة ونحو ذلك أو أفاته أيضاً إفاتة تلزمه فيها القيمة أو المثل كالفضة يصوغها حلياً والحرير يعمل منه ثياباً وشبه ذلك، فلا يجوز فيه أيضاً شىء مما ذكر بخلاف من يقول من العلماء: إن له أن يأخذ الفضة معمولة والثياب منسوجة دون شىء، قال: فلو غصب رجل قمحاً فطحنه أو شاة فذبحها وصنع بها طعاماً لما ساغ لأحد أكله، وإن كان قد أنفق فيه نفقة على قول من لا يرى له إلا القيمة أوالمثل، قال: والأصل فى ذلك أن ما كان قائماً لا اختلاف بين العلماء أن صاحبه بخير فى أخذه بعينه فلا يحل لأحد شراؤه، وما كان فيه اختلاف قوى لم يجز شراؤه مراعاة للخلاف، وما كان فيه اختلاف ضعيف قويت الكراهة فى اشترائه، وما كان لا اختلاف فى أنه لا حق للمغصوب فى عينه ولا تخيير له فى أخذه فيكره له اشتراؤه حتى يصلح شأنه مع المغصوب منه، فإن أفاته بعوض فلا يحل أيضاً لأحد ذلك العوض بشراء ولا غيره كان ذلك العوض عرضاً أو دنانير أو دراهم أو ما كان، ولا أن يبيعه أحد شيئاً بتلك الدنانير والدراهم بأعيانها وإن لم يكن

يستغرق الذمة إلا على تأويل ضعيف، وكذلك الغلات لا يجوز لأحد أن يبتاع شيئاً منها كلها كانت ثمرة نخل أو لبن ماشية أو خراج رقيق أو كراء مسكن أو غير ذلك، ولا يقبل شيء من ذلك على وجه الهبة والعطية أو غير ذلك، قال ابن رشد: وأشدها في التحريم لبن الماشية وصوفها وثمر الشجرة ثم كراء المسكن ثم كراء الحيوان، والثياب إذ قد اختلف في ذلك كله، فقيل: إنه ليس للغاصب من الغلات كلها شيء لقوله ﷺ: «**ليس لعرق ظالم حق**»[1] وقيل: إنما كلها له لقوله ﷺ: «**الخراج بالضمان**»[2]، وقيل: ليس للغاصب من ذلك إلا كراء الحيوان والثياب خاصة، وهو الذى يأتى على أحد قولى مالك فى «المدونة»، وقيل: هى كلها للغاصب إلا ما كان متولداً عن الشيء كاللبن والصوف والثمر فهى لصاحبها لأنها تشبه ولادة الحيوان التى هى لصاحبها باتفاق، وأما إن كان الحرام قد فات رده إلى أربابه بعينه وترتب فى ذمة آخذيه، فإما أن يكون الغالب على ماله الحلال، وإما أن يكون الغالب على ماله الحرام، وإما أن يكون ماله كله حراما بأن لا يكون له مال أصلاً، وإما أن يكون قد استهلك من الحرام أكثر مما كان له من الحلال فيكون مستغرق الذمة بالحرام، فإن كان الغالب على ماله الحلال فالواجب عليه الاستغفار، وأن يرد ما عليه من الحرام إلى أهله إن عرفهم أو إلى ورثتهم، فإن لم يعرفهم أو بحث عنهم فلم يجدهم تصدق به عنهم، وكذلك يجب على الذى الغالب على ماله الحرام، فإذا فعلوا ذلك سقطت جرحتهم وبرئوا من الإثم وطاب لهم ما بقى بأيديهم، وجازت هبتهم

---

(1) أصل الحديث فى «صحيح البخارى»، وعند الترمذى بلفظ: «من أحيا أرضاً مواتاً فهى له، وليس لعرق ظالم حق».

(2) الحديث عند الترمذى فى «السنن» عن عائشة رضى الله عنها: أن رسول الله ﷺ قضى أن الخراج بالضمان.

وأكل طعامهم باتفاق من العلماء، وإن لم يفعلوا ذلك فالمشهور فى الذى الغالب على ماله الحلال جواز معاملته وهو قول ابن القاسم، قال ابن رشد: وقبول هديته وأكل طعامه محمول على ذلك، قال: لأن الحرام قد ترتب بذمته فليس بمتعين فى جميع ما بيده من المال، وأبى ذلك ابن وهب ورآه من المشتبهات، وحرم ذلك أصبغ وجعل ماله كله حراماً لما خالطه من الحرام وهو بعيد، ومنع المالكية معاملة الذى الغالب على ماله الحرام وقبول هديته وأكل طعامه وغير ذلك، فقيل: على وجه الكراهة وهو قول ابن القاسم، وقيل: على وجه التحريم وهو قول أصبغ، فإن ورث سلعة أو وهب له جاز أن يعامل فيها، وأن تقبل منه هبة باتفاق، وإن ابتاع سلعة حلالاً جاز أن تشترى منه وأن تقبل منه هدية على خلاف إذا علم أنه بقى بيده من المال ما بقى بتبعاته، وأما إن كان المال كله حراماً بأن لا يكون له مال حلال أصلاً فإما أن يكون قد استهلك من الحرام أكثر مما له من الحلال، فالواجب عليه أن يتصدق بجميع ما فى يده من المال أو يضعه فى وجه من منافع المسلمين على الاختلاف الذى تقدم ذكره للعلماء هل حكم هذا المال الذى جهل أصله حكم الصدقة أو حكم الفيء؟ قال ابن رشد: ولا يبقى بيده منه شيء إلا ما يستر به عورته ويسد جوعته، قال: وهو فى ذلك بخلاف المديان إذا فلس فإنه يترك له لبسة مثله وثوب جمعته إذا لم يكن له بال، وما يعيش به هو وأهله الأيام، والفرق بينهما أن الغرماء عاملوه باختيارهم فدخلوا معه على ذلك بخلاف هؤلاء فإنهم لم يدخلوا معه على ذلك ولا عاملوه باختيارهم، فإن لم يفعل ذلك وبقى بيده فهو آثم عاص،واختلف فيه على أربعة أقوال:

أحدها: وهو الصحيح أنه لا تجوز معاملته ولا مبايعته ولا قبول هديته ولا أكل طعامه وإن كان قد علم أنه اشترى ذلك أو ورثه أو وهب له لأنه إذا صار فى ملكه فهو لأهل تباعته، وحكمه حكم سائر ما بيده، والثانى: أنه تجوز مبايعته ومعاملته مطلقاً فى ذلك المال وفيما اشتراه أو وهب له أو غير ذلك إذا عامله بالقيمة، ولا يجوز له أخذ هبته ولا عطيته ولا شىء من محاباته، قال: لأنه لم يدخل على أهل تبعاته نقصاً، والثالث: أنه لا تجوز مبايعته، ولا معاملته ولا قبول هديته إلا فيما كان بيده من ميراث أو هبة أو اشتراه هو من ذلك المال من السلع وغيرها، فيجوز شراء ذلك منه وقبول هديته وعطيته من ذلك دون ما سواه، وهو قول ابن حبيب وابن سحنون، قال ابن حبيب: ومن ذلك ما اشتراه العمل فى الأسواق فأهدوه فإنه جائز سائغ لمن أهدى إليه لأن أصله حلال، والرابع: أنه تجوز معاملته ومبايعته وقبول هديته مطلقاً، وإنما هو حرام على الذى هو بيده وحلال للذى صار إليه كان ذلك ببيع أو هبه أو ما كان حكى ذلك ابن مزين وغيره، قال ابن رشد: وعلى هذا القول يرثه عنه ورثته وهو قول ابن شهاب والحسن البصرى، وروى عن أشهب أنه قال فيمن كان يأخذ الرشوة والغلول، ومن كانت تجارته الربا أن ما ترك من المال سائغ لورثته ميراثه الذى فرضه الله لهم علموا بخبث كسبه أو جهلوا وإثم الظلم على جانيه قال: وهذا الاختلاف لا يصح إلا إذا جهل أهل التبعات ويئس من معرفتهم، وأما إذا علموا وتعينوا فلا يصح من ذلك إلا القول الأول، قال: فلو غصب هذا المستغرق الذمة بالحرام رجلاً شيئاً لجاز الذى غصب أن يأخذ منه القيمة أو المثل قولاً واحداً لأنه لم يدخل على أهل تبعاته نقصاً ولو حق على دابة فقتلها أو

وجبت له عليه أجرة من خدمة أو غير ذلك لما ساغ له أخذ ما يجب له فى ذلك من ماله لأنه يدخل على أهل تبعاته نقصاً إلا على القول الرابع، وكذلك إن تزوج أو جنى جناية فلا يطيب شيء من ذلك لمن يأخذه من مهر أو غير ذلك إلا على القول الرابع، ولا يجوز أن يشترى الحلال بعرض حرام فإن اشتراه بعين فذلك جائز علم البائع بخبث الثمن أم لا؟ وهو قول سحنون وابن حبيب، وقيل: لا يجوز، وقيل: يجوز إن علم البائع بخبث الثمن ولا يجوز إن لم يعلم، قال الداودى: من باع حراماً بشيء حلال كان ما أخذ من الحرام حراماً ويبقى حراماً بيد آخذه إن علم بذلك، قال: ولا تجوز وصايا المتسلطين بالظلم المستغرقين الذمة، ولا عتقهم، ولا تورث أموالهم، ويسلك بها سبيل الفيء، فالصحيح ما تقدم أنه لا يجوز ميراث الحرام إلا على القول الرابع فى المستغرق الذمة فيجوز بخلاف، وكذلك الزنديق الذى يسر الكفر اختلف فى ميراثه، فقيل: يرثه ورثته المسلمون وهو قول ابن القاسم، وقيل: هو كالمرتد وعليه الأكثر، ولا ميراث بين أهل ملتين، والرقيق ومن فيه بقية رق لا يرث ولا يورث وماله إذا مات لمالكه، وكذلك قاتل العمد لا يرث شيئاً ممن قتله، وكذلك من جهل موتهما كالميتين تحت الهدم أو فى الغرق ونحوهم إذا لم يعلم من مات منهما قبل صاحبه فلا ميراث بينهما، ويقدر كل واحد منهما كأنه غير وارث، وكذلك المفقود المنقطع لا يرث ولا يورث إلا أن ينقضى أمد تعميره، فإن مات موروث له وقف مقدار ميراثه منه، فإن لم يستبن حاله فلا يرث منه شيئاً وهو كالميتين تحت الهدم والغرق، ويرث المفقود ورثته الأحياء يوم الحكم بموته عند

انقضاء أجل تعميره، ويثبت موت الغائب بالسماع بشرط طول الزمان أو بعد الإنظار.

ويكتب فى ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً، ويعلمون بالسماع الفاشى المستفيض على ألسنة أهل العدل وغيرهم أنه توفى بموضع كذا منذ كذا وكذا عاماً، ويتحققون أن أهل الإحاطة بميراثه فى تاريخ وفاته زوجه فلانة وبنوه منها فلان وفلان وفلانة لا يعلمون له وارثاً غير من ذكر، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

وهذه الشهادة بالسماع لا تصح إلا بعد طول الزمان وانتفاء الريب، فإذا شهد بذلك شاهدان وفى الموضع جماعة من أسنانهما لا يعرفون ذلك لم تقبل شهادتهم، أو اختلف فى الخمسة عشر عاماً هل هى طول أم لا؟ فقيل: هى طول، وقيل: لا، وقيل: إن كان وباء فهى طول، وإلا فلا.

وسئل ابن الحاج فى رجل شهد بالسماع الفاشى المستفيض أنه استشهد فى وقيعة قنسرة، وثبت عقد آخر أنهم رأوه فى العسكر هل يحكم له بحكم المفقود أو بموته الآن؟ فقيل: يحكم بموت الرجل فى تاريخ ثبوت موته على السماع ويرثه ورثته الأحياء يومئذ، ولا يحكم بموته الآن، ولا يعمر كما يعمر المفقود، وليس لزوجه نفقة فى ماله وهى كالمتوفى عنها زوجها، وأما إذا كثر السماع حتى صار كالقطع فإنه يخرج عن ذلك، ويكون له أن يقطع بموته وإن لم يره ميتاً، وقال ابن رشد: وكذلك النكاح يثبت به مع طول الزمان ويرث كل

واحد منهما الآخر، قال ابن رشد فى شهادات إذا تقارر الزوجان على النكاح ولم تقدم بينة على أصله وهما غير طارئين فلا يخلو الأمر من وجهين:

أحدهما: أن تكون فى ملكه وتحت حجابه، والثانى: أن تكون بائنة عنه منقطعة منه فأما إن كانت فى ملكه وتحت حجابه فالميراث بينهما قائم والزوجية ثابته إذا طال كونها معه واشتهر الأمر، وإذا طال الأمر ولم يشتهر فوجوده معها ريبة توجب عليهما الأدب أو الحد على الاختلاف فى ذلك، وأما إن كانت بائنة عنه فشهد فيه بالسماع وطال الأمر مدة يبيد فيها الشهود ففى ذلك قولان، قيل: إن الشهادة فى ذلك بالسماع عاملة، وقيل: لا تجوز، وأما إن لم يمض من المدة ما يبيد فيها الشهود وتجوز إليه شهادة السماع فلا اختلاف أن الميراث لا يكون بينهما إلا أن تقوم بينة على أصل النكاح، والمنقطع خبره يعمر مدة لا يعيش إليها غالباً، قيل: سبعون، وقيل: ثمانون، وقيل: تسعون، ويعد حينئذ ميتاً فإن مات موروث له قدر حياً وميتاً ووقف المشكوك فيه، فإن مضت مدة التعمير ولم يستبن حاله فيها كان كالمتوفى فى الهدم لا يرث أحدهما من الآخر شيئاً ويصرف إلى ورثة المتوفى، وإذا مات الرجل وترك زوجه حاملاً وطلب أهل الوصايا وأصحاب الميراث المتحقق أخذ ما لهم، فقيل: لا يعطون شيئاً ويوقف الجميع، وهو الذى اختاره المتأخرون، وقيل: يعجل المتحقق وهو قول أشهب، قال: وهو الذى لا شك فيه.

العتق، والتدبير، والكتابة، والمقاطعة وفداء الأسارى، وإسلام أهل الكفر

ثبت عن رسول الله ﷺ أنه قال: «**من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضواً من معتقها من النار**»[١] وهو نافذ من كل مكلف لا حجر عليه ولا أحاط الدين بماله ولا رجوع فيه إذا لم يكن على وجه الوصية.

ويكتب فى ذلك: عقد كتاب عتق بت بتل عقده فلان لمملوكه الرومى الأصل المسمى بكذا وصفته كذا عتقاً تاماً بتلا لله تعالى لحق به المملوك المذكور بأحرار المسلمين فيما لهم وعليهم، ولم يبق عليه سبيل رق ولا عبودية لأحد إلا سبيل الولاء له أو لمن يجب له بسببه على ما أحكمته السنة عن رسول الله ﷺ، وليعتق الله بكل عضو منه عضواً من سيده من النار على ما ورد فى صحيح الآثار، وشهد على المعتق فلان بما فيه عنه من أشهده به فى كذا، وبمحضر المعتق، واعترافه بالرق لمعتقه المذكور إلى أن عقد له هذا العتق، وفى التاريخ.

فإن كان للمتعق أو المعتقة ولد وأعتقه ذكرته فى العقد بنعته وأنه أعتقه معه واعترافه بالرق،وإن كان كبيراً.

بيان: إن كان لهذا المعتق مال تبعه ما لم يستثنه السيد فيكون له، فإن لم يستثنه وتنازعا فى ذلك، فقال السيد: استثنيته، وأنكر ذلك المعتق فعلى السيد البينة، وإلا حلف المعتق،ولا شيء للسيد، وله رد اليمين بخلاف أم الولد فإنه لا يتبعها

---

(١) أصل الحديث عند الإمام مسلم فى ((صحيحه)) بلفظ: ((...عضواً من أعضائه من النار حتى فرجه بفرجه)).

مالها فى قول ابن القاسم ويتبعها فى قول أشهب، وإن دفع عبد مالاً إلى رجل ليشتر به فاشتراه ثم اعتقه، فإنه يثبت عتقه ويغرم المال المبتاع ثانية، وله الولاء إلا أن يكون اشترط ماله عند ابتياعه فإنه لا يغرم الثمن، ومن قال لعبده: أنت حر وعليك من المال كذا فهو حر ويكون عليه أداء ذلك المال، قاله مالك وأشهب، وقال ابن القاسم: هو حر ولا شيء عليه من المال، ولا يجب له أن يوظفه بمال بعد الحرية، وقال ابن الماجشون: العبد بالخيار بين أن يغرم المال أو يبقى رقيقاً ولا شيء عليه، فإن قال: أنت حر على أن تعطينى أو إن أعطيتنى كذا وكذا فأنت حر فلا يكون حراً حتى يؤدى ذلك باتفاق، ومن قال: أحد عبيدى حر ولم يكن له نية فى أحدهم فإنه يختار من شاء منهم، وإن قال عند المساومة عبدى حر لم يلزمه، وإذا قال: إن بعته فهو حر، وقال الآخر: إن اشتريته فهو حر فاشتراه عتق على البائع ورد الثمن إن كان قبضه، ومن أعتق جزأ من عبد يملك جميعه فإنه يعتق جميعه باتفاق، وهل يتوقف عتقه على الحكم أم لا؟ فى ذلك روايتان، فإن كان مشتركاً مع الغير فإنه يقوم عليه حظ شريكه ويعتق الجميع ويؤدى لشريكه القيمة من ماله، وذلك بشرط أن يكون موسراً وأن يكون العتق باختياره، وأن لا يكون فيه جزء قد عتق قبل أن يعتق هو، والتقديم يوم الحكم لا يوم العتق ولا يخرج حراً إلا بدفع القيمة، ومن أعتق جزأ إلى أجل فقال مالك -رضى الله تعالى عنه- يقوم عليه حين العتق ويخرج حراً بعد الأجل وقال سحنون: يقوم عليه عند الأجل ولا يبيعه قبله، فإن دبر جزأ تقاومه هو وشريكه، فإن صار له كان مدبراً كله، وإن صار شريكه كان رقيقاً كله، ويعتق من القرابة بالملك الآباء وإن علوا، والأمهات وآباؤهن وإن علوا، والأولاد وإن

سفلوا، وولد الأنثى والذكر سواء، والأخوة والأخوات من أى جهة كانوا، وزاد ابن وهب: العم، وقيل: كل ذى رحم محرم، وهم كل من لو كان امرأة لم يجز له نكاحها فمتى ملك أحد هؤلاء بأى وجه كان من إرث أو هبة أو وصية وإن لم يقبلها فإنه يعتق عليه بالملك ولو كان الذى ملك جزءاً منه، فإن قبله قوّم عليه وعتق، وإن لم يقبله، فقيل: يعتق الجزء خاصة، وقيل: لا، وكذلك من مثل بعبده مثلة شين فإنه يعتق عليه ويعزر، وفى مثلة السفيه قولان، وكذلك قطع الأنملة والظفر وشق الأذن ووسم الوجه بالنار وقلع الأسنان بخلاف حلق الرأس والوسم فى الذراع ونحوه فليس بشين، وفى قلع السن الواحدة ووسم الوجه بغير نار قولان، ولا ينفذ العتق بالمثلة إلا بالحكم، وقال أشهب: يعتق بالمثلة، ومن أوصى بعتق عبيده ولا مال له سواهم فإنه يعتق ثلثهم بالقرعة.

وسئل ابن رشد فى عتق الإماء والعبيد أيهما أفضل؟ فقال: اختلف العلماء فى ذلك، فمنهم من قال: إن عتق الأكثر ثمنا منهم أعظم فى الأجر ذكرا كان أو أنثى لأن رسول الله ﷺ سئل أى الرقاب أفضل؟ قال: «أغلاها ثمنا وأنفسها عند أهلها»[1]، ولم يخص ذكراً من أنثى، قال: وأما إذا استوى الذكر والأنثى فعتق الذكر أفضل كما أن عتق الأفضل فى الدين من العبدين أو الأمتين أفضل، وهذا لا اختلاف فيه، وإنما اختلف فى الأفضل من عتق الكافر أو المسلم إذا كان الكافر أكثر ثمناً، فقيل: إن عتق الأكثر ثمناً أفضل، وإن كان كافراً لعموم الحديث، وقيل: إن عتق المسلم أفضل، وإن الحديث إنما معناه هو استواء الرقاب، وكذلك الأفضل من عتق الكافر من كان أكثر منهم ثمناً، قال: وإن

(1) رواه الترمذى فى «السنن» بلفظ: «أنفسها عند أهلها وأغلاها ثمناً»، أى: مع تقديم وتأخير.

استووا فى الأثمان، فالذى أقول به: إن عتق الأنثى منهم أفضل لأن عتقها يحل للمسلمين نكاحها، ولا منفعة فى عتق الكافر الذكر، وتصير الأمة فراشاً بوطء سيدها أو إقراره بالوطء، فمتى أتت بولد لستة أشهر من يوم وطئها ثبت نسبه منه، وصارت له أم ولد، وله أن ينفيه إذا ادعى الاستبراء وولدها من زوجها بمنـــزلتها يعتقون بوفاة سيدها، وكره له تزويجها برضاها، ولا يجبرها على النكاح وحكمها حكم العبد فى جميع أمورها إلا أنها لا تباع ولا تؤاجر، فإن مات سيدها وهى حامل ففى ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يحكم لها بالحرية بظهور الحمل وتبيينه، والثانى: أنها لا يحكم لها إلا بالوضع، والثالث: أنه يوقف أمرها، فإن وضعت حكم لها فى مدة الحمل بحكم الحرة، ومن ابتاع أمة كانت تحته، وله منها ولد فلا تكون له أم ولد بذلك الولد حتى تلد منه بعد ذلك، وإن ابتاعها وهى حامل منه فوضعت عنده فإنها تصير بذلك أم ولد على المشهور، وإذا أتت بولد حى أو ميت علقة فما فوقها فإنها تكون بذلك أم ولد. ونفقة المملوك على سيده، فإن أبى بيع عليه، وأم الولد تعتق فى «أحكام ابن سهل» فى مملوكة غاب سيدها وثبت مغيبه وعدمه وملكه لها، وأنه لا مال له ينفق عليها منه، فأفتى ابن القطان: يأمر القاضى ببيعها وقبض ثمنها وتوقيفه عند ثقة.

الولاء: والولاء لحمة كلحمة النسب لا يوهب ولا يبدل وهو لمن أعتق ذكراً كان أو أنثى كان عتقه بعوض أو غيره أو بتدبير أو كتابة أو عتق عنه بإذنه أو بغير إذنه أو ما كان ثم بعده لعصبته من الرجال، وأولى الناس به بعده الابن وبنوه ثم الأب ثم الأخوة وبنوهم ثم الجد ثم العم ثم أولاده، ولا يرث منه البنات

ولا غيرهن من النساء شيئاً وإذا عدم العصبة فالمولى يقوم مقامهم فى جميع ما لهم من الميراث، وولاية النكاح والعقل وغير ذلك، ويسترسل الولاء على أولاد الذكر المعتق مطلقاً وعلى أولاد الأنثى إذ لم يكن لهم نسب من حر، ومعتق الأب أولى من معتق الأم والجد، ويسترسل أيضاً على من أعتقه المعتق، وولاء الكافر المعتق لجميع المسلمين إن مات على دينه، وإن مات مسلما فلسيده ولا يقع لفظ المولى إلا على الحر ولا يقع على المكاتب والمدبر والمعتق إلى أجل، قاله مالك فى «سماع ابن القاسم»، قال ابن وهب فى «المجموعة»: ويدخل فى ذلك أمهات الأولاد وفى «أحكام ابن سهل» فى امرأة انعقد عليها فى وثيقة ذكرت فيها مملوكه لها أنها مولاتها وزعمت أنها لم تعرف الفرق بين ذلك، فأفتى أبو إبراهيم واللؤلؤى أنها حرة، وقاله ابن زرب أيضاً.

فصل

والتدبير هو العتق المعلق على موت المدبر على غير وجه الوصية.

ويكتب فيه: عقد كتاب تدبير عقده فلان لمملوكه فلان الذى نعته كذا أوجب له به العتق بعد موته فارغا من رأس ثلثه على سنة التدبير المخالف لحكم الوصية، فإذا وجب له العتق بوفاة سيده لحق بأحرار المسلمين فيما لهم وعليهم، ولا يكون عليه سبيل لأحد إلا سبيل الولاء لمن يجب له بسببه على ما أحكمته السنة وشهد على المدبر المذكور بما فيه عنه، وتذكر اعترافه بالرق والتاريخ.

وينبغى أن يبين فى العقد أنه على حكم التدبير المخالف لسنة الوصية، فإن ابن القاسم قال: إذا قال السيد لعبده أنت حر بعد موتى أنه وصية، ويحمل على ذلك حتى يتبين التدبير وينفذ من المميز، وإن كان قبل البلوغ ولا يجوز بيع المدبر ولا هبته ولا الرجوع فيه ولا إخراجه عن الملك إلا بالحرية، وولد المدبر والمدبرة بعد التدبير بمنـــزلة أبويهما، وكذلك إن كان حين التدبير حملاً وإن لم يعلم به، وإذا حمله الثلث عتق بجملته مبدأ، وإلا عتق منه ما حمله الثلث ورق الباقى.

فصل

والكتابة هى العقد على مال منجم ولا يجبر عليها السيد ولا العبد على الأصح.

ويكتب فيها: عقد كاتب فلان مملوكه فلاناً على كذا وكذا ديناراً من سكة كذا يدفعها له منجمةً على صفة كذا دفعا متوالياً إلى تمامها بالأداء، فإذا كملت بالأداء لحق بأحرار المسلمين فيما لهم وعليهم ولم يبقى عليه سبيل رق ولا عبودية إلا سبيل الولاء له أو لمن يجب له بسببه على ما أحكمته السنة، ورضى بذلك المكاتب، والتزم ذلك، وعلى أنه إن عجز عنها أو عن شيء منها بقى رقيقاً، وأشهد المكاتب فلان بما فيه عنه من أشهده المكاتب بالرضا بذلك واعترافه بالرق لسيده إلى أن عقد له ما ذكر، وفى تاريخ كذا.

بيان: فإن قال له: أنت حر على كذا أعتق فى الحال، وكان ذلك فى ذمته، قال ابن رشد: إذا قال: أنت حر على أن عليك كذا، ففى ذلك ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه حر والمال له عليه بمنـــزلة أن لو قال: أنت حر بتلا وعليك كذا، وهو قول مالك فى «المدونة»، والثانى: قول ابن القاسم فى غير «المدونة» أنه إن قبل كان حراً إذا أدى المال كالكتابة، وإن لم يقبل فلا حرية له، والثالث: هو له فى «العتبية»: أن العبد بالخيار إن شاء أن يكون ذلك ديناً عليه ويتعجل له الحرية فذلك له، وإن كره أن يكون غريماً بها فلا عتاقة له، قال: ويتخرج فيها قول رابع: أن يكون حراً إن أدى المال شاء أو أبى على مذهب من يرى جبر العبد علىالكتابة، قال: والأظهر من قوله على أن عليك كذا أن الأداء بعد العتق، فإن قال: على أن تؤدى أو على أن تدفع أن العتق بعد الأداء، وقد قيل: إن ذلك سواء، قال: وإنما يكون هذا الاختلاف إذا لم يمكن سؤال المعتق عما أراد وأما إذا لم يفت، فقال: أردت بذلك إيجاب المال عليه بعد الحرية أو أردت أن لا يعتق حتى يؤدى المال فيكون كما يقول، فإن رضى العبد بذلك كان مكاتباً، وإن لم يرضى كان رقيقاً إن قال: أردت ألا يعتق حتى يؤدى، وإن قال: أردت إيجاب المال بعد الحرية عتق فى الحال، وكان المال على الاختلاف فى ذلك، وتجوز الكتابة بكل شىء وتكره بالآبق والشارد، والدين على الغائب، وإذا وقعت بما لا يصح تملكه كالخمر لم تفسخ، وردت إلى القيمة وإن وقعت ولم يذكر لها أجل نجمت بقدر سعاية العبد، ولو وجد فى العوض عيب اتبع بقيمته، فإن استحق العوض ولا مال له سواه فهل يرجع مكاتباً كما كان أو يرد عتقه، ويرجع إلى المالك؟ فى ذلك قولان، والمكاتب عبد ما بقى عليه درهم، وإذا

ادعى الدفع وأنكر السيد فعليه اليمين وله ردها على المكاتب، وإذا أراد المكاتب تعجيل ذلك قبل الأجل فله ذلك، ويخرج حراً وإن كان غائباً رفع ذلك إلى الحاكم، وإذا عجز فيرفع ذلك أيضاً، ويعجزه، ولا تنفسخ الكتابة إلا بالحكم، وللسيد أن يبرئه على تعجيل البعض، وإسقاط الباقى، وأن يفسخ ما على المكاتب من دنانير ودراهم إلى أجل ولا يكاتب من له جزء فى عبد إلا أن يكون باقيه حراً، وفى كتابه العبد الصغير المميز والأمة التى لا مال لها قولان، ولا يكاتب السفيه ولا من ليس له أهلية التصرف ويكاتب عنه وليه وتصرفات المكاتب كالحر، وإذا تنازعا المكاتب والسيد فى قدر الكتابة أو جنسها أو أجلها، فقيل: القول قول المكاتب وهو قول ابن القاسم، وقيل: قول السيد وهو قول أشهب بخلاف التداعى فى الدفع فالقول قول السيد بلا خلاف، ولا يجوز فى الكتابة ضمان ولا رهن لأنها ليست تدين فى الذمة، وإذا كاتب جماعة فكل واحد منهم حميل بما على صاحبه اشترط ذلك أم لا؟ وتجوز كتابة العبد الكافر وولاؤه إن مات نصرانياً لجماعة المسلمين وإن مات مسلماً فلسيده.

فصل

ومفاداة أهل الكفر فيها الاختلاف، قال ابن حبيب فى «كتابه» قال الله تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاء﴾ [محمد: ٤]، فالمن العتق، والفداء أخذ المال منهم، وذلك فى الصغار منهم والضعاف والنساء، فأما من يخشى منهم من الشباب والمراهقين فقد استحب بعض من مضى من الخلفاء قتلهم، فإن أبقوا فلا يقبل منهم الفداء بالمال، ولا بأس أن يفدى الأسير المسلم بمشرك وإن كان المشرك قائداً شريفاً، وأما أن يفدى الكافر بالمال فلا، قاله مطرف وابن الماجشون، وأما الضعفاء والنساء والصبيان فلا بأس أن يفدوا بالمال ما كان الجيش بأرض الحرب أو بعد خروجهم إلى بلاد الإسلام، فأما بعد تفرقهم فى بلاد الإسلام وقرارهم بها طال مكثهم أو لم يطل فلا يفادون إلا بأسرى المسلمين، قاله الأوزاعى ومطرف وابن الماجشون، قالوا: ولا يفادى الصغار منهم بالمال إذا لم يكن معهم آباؤهم، ويفادون بالمسلمين، وفى «كتاب ابن سحنون»، قال: من اشترى علجاً من المغنم فجاء أهله يريدون فيه فداءه وفيه نكاية قال: يمنعه الإمام من ذلك ولا يرد إليهم أسير بفداء بمال أو غيره إلا أن يفدى به مسلم.[1] إن هؤلاء الذين فيهم الكتابة وتبقى منهم إذا استحياهم الإمام وقسموا، فإن ذلك خطأ ولا يمنعهم ذلك من القتل، ثم رجع فقال: إنهم يقتلون، وقال ابن رشد فى «الشرح»: مذهب مالك أن الإمام مخير فى الأسرى على وجه الاجتهاد بين خمسة أشياء: إما أن يقتل، وإما أن يأسر ويستعبد، وإما أن يعتق، وإما أن يأخذ فيه الفداء، وإما أن يعقد عليه الذمة وتضرب عليه الجزية لأنه استعمل الآيات الواردة فى

---

(١) هذا الموضع فراغ بالأصل، ولعل تقديره (قال: إنه......).

القرآن وفسر بعضها ببعض و لم يرفيها ناسخاً ولا منسوخاً، فإن كان الأسير من أهل النجدة والفروسية والنكاية للمسلمين قتله و لم يستحيه، وإن لم يكن على هذه الحال وأمنت غائلته وله قيمة استرقه للمسلمين أو قبل فيه الفداء إن بذل فيه أكثر من قيمته، وإن لم يكن له قيمته ولا فيه حمل لأداء الجزية كالصبيان والزمنى أعتقه، وإن لم يكن له قيمة وفيه محمل لأداء الجزية عقد له الذمة وضرب عليه الجزية واختلف قوله إذا لم يعرف حاله هل هو من أهل النجدة والفروسية وله غائلة أم لا، فمرة قال: إنه لا يقتل إلا أن يكون معروفاً بالنجدة والفروسية أو تعرف له غائلة، ومرة قال: إنه يقتل ويحمل إن لم يكن معروفاً بالنجدة والفروسية على أن له غائلة، وهذا الذى ذهب إليه عمر بن الخطاب، وإن رأى الإمام باجتهاد مخالفة ما وصفناه من وجوه الاجتهاد كان ذلك له مثل أن يبذل الفارس المعروف بالنجدة والفروسية فى نفسه المال الواسع الكثير فيرى الإمام أخذه أولى من قتله لاستعانته بذلك على جهاد المشركين، وما أشبه ذلك من وجوه الاجتهاد، فهذا تحصيل القول فى حكم الأسرى على مذهب مالك.

ومن أهل العلم من قال: إن الأسير يقتل على كل حال لقول الله عز وجل: ﴿فَإِمَّا تَثْقَفَنَّهُمْ فِي الْحَرْبِ فَشَرِّدْ بِهِم مَّنْ خَلْفَهُمْ لَعَلَّهُمْ يَذَّكَّرُونَ﴾ [الأنفال: ٥٧]، ومنهم من ذهب إلى أنه لا يجوز قتل الأسير صبراً لقول الله عز وجل: ﴿فَإِمَّا مَنًّا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَاء حَتَّى تَضَعَ الْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾، [الأنفال: ٥٧]، والصحيح ما ذهب إليه قال: لأن النبى ﷺ قتل وأسر فوضع فعله موضع البيان لما فى القرآن لأن الله تعالى قال: ﴿ فَإِمَّا تَثْقَفَنَّهُمْ فِي الْحَرْبِ﴾ [الأنفال: ٥٧] معناه قبل الإثخان، وقوله عز وجل: ﴿ فَإِذا لَقِيتُمُ الَّذِينَ كَفَرُوا فَضَرْبَ

الرِّقَابِ حَتَّى إِذَا أَثْخَنتُمُوهُمْ﴾ [محمد: ٤] ليس على الإلزام، وإنما معناه إباحة شد الوثاق وترك القتل بعد الإثخان بدليل قوله تعالى: ﴿مَا كَانَ لِنَبِيٍّ أَن يَكُونَ لَهُ أَسْرَى حَتَّى يُثْخِنَ فِي الأَرْضِ﴾ [الأنفال: ٦٧] وقد حكى الداودى أن كثيراً من أصحاب مالك يكرهون فداء الأسرى بالمال، ويقولون: إنما كان ذلك ببدر لأن النبى ﷺ علم أنه سيظهر عليهم، وإنما يتقوى على فدائهم بأسرى المسلمين،

ويكتب فى ذلك: عقد قاطع فلان مملوكه الرومى فلاناً على كذا وكذا رأساً من الغنم أو كذا وكذا ديناراً من الذهب يؤدى له ذلك عند انقضاء أجل كذا مقاطعةً صحيحة، فإذا أرادها له خرج حراً، وانطلق من ثقاف الأسرى، ورضى بذلك المملوك المذكور، والتزم ما ذكر، وأشهد بذلك من عرفهما فى كذا. وهذه المقاطعة لازمة للسيد، فإن وفى له بها فى الأجل المذكور صار حراً، وإن عجز عن ذلك ولم يوف بها بقى رقيقاً وحكم هذا حكم الكتابة، ولا يجوز فى هذا الضمان، فإن أطلقه من ثقاف الأسر فى الحال على أن يأتيه بالمال أو افتكه من يد سواه وسرحه من الأسر فى الحال على أن التزم له ما ذكر فذلك جائز، وفى هذا يكون الضمان والرهن لأن المال صار فى الذمة، وأكثر ما يكون ذلك بافتكاك العبد.

ويكتب فى ذلك: عقد افتك الثقة الفكاك فلان من يد فلان مملوكه الرومى المسمى بكذا ونعته كذا بفدية مبلغها كذا يدفعها له عند انقضاء أجل كذا، وقبض الفكاك المذكور النصرانى المملوك وصار عنده محلولاً من ثقاف الأسر على الوجه المذكور التزم له أداء هذه الفدية على الصفة المذكورة فى ماله وذمته،

وبمحضر المملوك وعلى عينه وإقراره بالرق لسيده المذكور إلى أن عقد له هذا الافتكاك، وشهد بذلك عليهم فى كذا.

بيان: إن كانوا صغاراً فلا تجوز مفاداتهم إلا أن يكونوا مع آبائهم فيفادون معهم، قال سحنون: إذا كان الصغير مع أحد أبويه فهو تبع له ويحكم له بحكمه، وسئل عن امرأة من أهل الحرب سبيت ومعها بنتها هل يجوز أن تفادى معها بالمال؟ فقال: نعم، وقال مالك -رضى الله تعالى عنه- لو كانت البنت وحدها لم تجز أن تفادى بالمال، وفى «كتاب ابن حبيب»: كان مطرف وابن الماجشون وأصبغ يقولون: لا نرى أن يفادى الصغار من سبى العدو بمال، وإن كانوا من سبى أهل الكتاب إذا لم يكن معهم آباؤهم لأنهم عندنا على الإسلام إذا ملكهم المسلمون، ولا بأس أن يفادى بهم أسرى المسلمين إذا لم يكن من ذلك بد، قال ابن حبيب: وسمعت مطرفاً وابن الماجشون يقولان: قال مالك: لا يفادى من جلى من السبى وأجاب إلى الإسلام لا بمال ولا بأسير مسلم. ورهن النصرانى ابنه أو ابنته أو غيرهما فى فديته جائز، قال سحنون فى «كتاب ابنه» فى الأسير من الروم بيده مسلم فيفاديه ويرهن فيه ابنه وأخصاه صغيراً أو كبيراً حربياً أو ذمياً أو شرط أن يكون له عبداً إن لم يأته بالمال، قال: لا يصح فداء الرجال بالمال ولكن بالمسلمين، ولا ينبغى أن يأخذ فيه رهنا إلا رجلاً هو فى بأسه كالأول أو أشد ثم إن شرط أن يكون هذا له عبد إن لم يأت بالمال فله شرطه، وإذا رهنه بالمال وأبطأ فلم يأت بالمال فوداه هذا الرجل المرهون فينحل ويوفى له بشرطه، وإذا شرط أن يكون هذا الرهن عبداً وهو ذمى أو معاهد ذمى أو معاهد فلا يرق نفسه وعليه قيمة الأسير أو المال الذى شرطه، قال فيه أيضاً

ومن قولنا المعروف أن لا يفدى علج بمال، ولكن بأسرى المسلمين فإذا جيء بالولد من أرض الحرب فرهنهم على أن يكونوا بأبيهم فخانهم، فإنهم يكونون رقيقاً صغاراً كانوا أو كباراً ذكوراً أو إناثاً ولا يقتلون ولا خمس فيهم، وإن كانوا إنما قدموا على أن يكونوا ذمة ويؤدوا الجزية فرضى الكبير أن يكون رهناً بأبيه فخانهم، فهؤلاء لا يسترق منهم صغير ولا كبير لأن الذمة فيهم ثابته، وفى «كتاب ابن حبيب»: قال مطرف وابن الماحشون وأصبغ: إن كان الولد ذى عهد أو هدنة فإنه يسترق كان كبيراً أو صغيراً خاس به الأب أو لم يخس أو مات أو منع لأن هذا شأن الرهن وفيه أيضاً، قال ابن حبيب: إن رهن حربى مستأمن ابنه الصغير أو قريباً له أو أجنبياً عند مسلم فى مال، فإن أسلمه بالمال طوعاً فهو رقيق للمرتهن بذلك، وإن غدر وخرج إلى أرض الحرب ولم يسلمه ولا ودى كان الرهن بذلك رقيقاً للمرتهن، قال ابن الماحشون: وإذا أسلم الرهن خرج من الرهن، قال: وحكم المرهونين فيما لهم وعليهم من حق أو دية أو ميراث حكم المعاهدين، وفى « سماع يحيى»: سألت ابن القاسم عن العبد يرهن سيده ابنه أو بنته ثم يطلقه ليأتى بالفداء فيخيس ويفى ببلده أيسترق الولد، فقال: إن كان الولد كبيراً قد بلغ الحلم فإنه يسترق ويستخدم، وإن خاس أبوه، قلت أيبيعه كما كان يجوز له بيع الأب؟ قال: نعم إذا تبين خيس الأب ونقض عهده بالرجوع، قال: وإن كان الولد صغيراً لم يبلغ الحلم رأيت أن يطلقه إذا تبين خيس أبيه بالعهد وترك الوفاء، والابنة كذلك، قلت: أرأيت إن مات فى الطريق أو قتل فعلم أنه لم[1] وتبين عذره؟ فقال: إذا ثبتت براءته حرم على السيد

---

(1) فراغ بالأصل.

استرقاق ولده المرتهن، ولزمه إطلاقه، قال ابن رشد: أجاز فى «المدونة» اشتراء أولاد أهل الحرب من آبائهم إذا لم يكن بيننا وبينهم هدنة، وإذا جاز شراؤهم منهم جاز أرتهانهم معهم وبيعهم فيما رهنوهم فيه على ما فى «سماع أصبغ» عن أشهب، ولم يجز فى هذه المسألة لسيد العبد بيع ابنه الذى رهنه إذا خاس به وترك الرجوع لفدائه، والفرق بين المسألتين أن الحربى حاكم على ولده الباقى فى بلده، فجاز له اشتراؤه منه إذا باعه وارتهانه منه إذا رهنه، والعبد والأسير لا حكم له على ولده الباقى فى بلاد الحرب، فإذا رهنه بيد سيده برضاه وهو صغير من غير أن يسترقه أو يأذن له فى ذلك مالك أمرهم ووالى بلادهم ثم لم يرجع بفدائه لم يجز لسيده أن يبيعه إذا لم يرض بذلك، ولا علم قدر ما أدخل فيه نفسه لصغره بخلاف الكبير.

وسئل أشهب عن الأسير من أهل الحرب يستأذن سيده على أن يأتيه بابن نفسه أو بامرأته أو أبيه على أن ذلك فداؤه فيفعل فيأتى بهم فيزعمون أنهم خرجوا معه بعهد، ويقول هو: بل سرقتهم أو غنيمتهم، فقال: يقبل فى ذلك قول الذى جاء بهم ولا يقبل قولهم، قال ابن رشد: وإنما قال: إن القول قول الذى جاء بهم من أجل أنه خرج من سيده على أن يأتى بهم فجعل ذلك شبهة توجب أن يكون القول قوله، وقال ابن المواز: القول قولهم، ولم يراع ذلك شبهة ولو أتى بهم دون سبب لكان القول قولهم باتفاق إلا أن يكونوا فى وثائقه على ما فى رسم الكبش من «سماع يحيى»، وفى «كتاب ابن حبيب»: قال ابن الماجشون فى الرهان يرهنهم العدو عندنا فيجوز رهنهم ويصيرون فيئاً لا خمس فيهم ولا مغنم، وهم أنزلوا أنفسهم بهذه المنـــزلة، وإن كانوا صغاراً فأباؤهم

أنزلوهم كذلك وقد كان لهم بيعهم ولنا شراؤهم، ولا يقتلهم الإمام وهم رقيق للمسلمين، وقال سحنون: إذا تبين عذر الطاغية فللإمام أن يسترقهم أو يقتلهم وهم كالفيء، قال أشهب: وإن أسلم أحدهم خرج الرهن، ولا سبيل عليه، ومالك يرى أن يرد من أسلم منهم ومن لم يسلم إلى أهلهم إذا طلب ذلك أهلهم، وسحنون لا يرى ذلك.

فصل

وأسرى المسلمين الذين ببلد أهل الكفر فداؤهم واجب، قال فى «العتبية»: سئل مالك أواجب على المسلمين افتداء من أسر منهم؟ فقال: نعم أليس بواجب عليهم أن يقاتلوهم حتى يستنقذوهم؟ فقال: بلى، قال: فكيف لا يفدونهم بأموالهم، وقد قال عمر بن الخطاب -رضى الله تعالى عنه- ما أحب أن أفتتح حصناً من حصونهم بقتل رجل من المسلمين، قال ابن رشد: معنى قول مالك هذا أن ذلك واجب على الجملة؛ لقول النبى ﷺ: «**فكوا العانى**»[1] لأنه أمر، فهذا يحمل على الوجوب بدليل ما احتج به فى الروايات، فواجب على الإمام أن يفتك أسرى المسلمين من بيت مالهم، فما قصر عنه بيت المال تعين على جميع المسلمين فى أموالهم على مقاديرها ويكون هو كأحدهم إن كان له مال فلا يلزم أحداً فى خاصة نفسه من فك أسرى المسلمين إلا ما يتعين عليه فى ماله على هذا الترتيب، فإذا ضيع الإمام والمسلمون ما يجب عليهم على هذا فواجب على كل من له مال من الأسرى أن يفتك نفسه من ماله إذ لا يحل له أن يبقى نفسه أسيراً

---

(1) رواه الإمام البخارى فى ((صحيحه))، وفيه: ((وأطعموا الجائع، وعودوا المريض)).

فى دار الكفر ويمسك ماله، وهذا وجه قول مالك وأكثر العلماء يقولون: إنه من فك أسيراً بغير أمره وله مال أن له أن يرجع عليه بما فداه به، وقد قيل: لا يرجع عليه بشيء، روى ذلك عن ابن سيرين والحسن وغيرهما، واحتج بعض من ذهب إلى هذا بأن النبى ﷺ قال: «فكوا العانى» [١] فإنما يجب ذلك على المسلمين فلا يعود ذلك على الأسير، وهو قول له وجه إذا حملت قول النبى ﷺ: «فكوا العانى» [٢] على عمومه فيمن له مال وفيمن ليس له مال إلا أن الأول أظهر، ويحتمل أن يكون معنى الحديث فيمن لا مال فيه، فلا يلزم أحداً أن يفتك من له مال، ولا يلزم الإمام ذلك أيضاً من بيت مال المسلمين إلا أنه يرى ذلك على وجه النظر كالجائزة يجيزها لمن له مال، وأما من فدى أسيراً لا مال له بغير أمره، فالصحيح الذى يوجبه النظر والقياس أنه ليس له أن يتبعه بما فداه به لأن ذلك إنما يتعين على الإمام وجميع المسلمين، وظاهر الروايات خلاف ذلك وهو بعيد، وفى «العتبية»: قال أشهب فى الروح يطلبون من المسلمين فى المفاداة الخمر والخيل والسلاح، فأما الخيل والسلاح فلا بأس بهما، وأما الخمر فلا يصلح، قال ابن رشد: ظاهر قول أشهب هذا أنه أجاز أن يفدى الأسير بالخيل والسلاح وإن كثر ذلك إذا لم يقدر إلا على ذلك،وهو نص قول سحنون خلاف ما ذهب إليه ابن حبيب من أنه إنما يجوز ذلك ما لم تكن الخيل والسلاح أمراً كثيراً يكون لهم به القوة الظاهرة، وأجاز سحنون أيضاً أن يفدى منهم بالخمر والخنــزير والميتة ويأمر الإمام أهل الذمة أن يدفعوا ذلك إليهم، ويحاسبوهم

---

(1) سبق تخريج الحديث.
(2) سبق تخريج الحديث.

بقيمته من الجزية، فإن أبوا لم يجبروا على ذلك ولم يكن بأس بابتياع ذلك لهم، قال: وهذه ضرورة، وقد روى عن ابن القاسم: أن المعاداة بالخمر أخف منها بالخيل وهو كما قال إذ لا ضرر على المسلمين فى المفاداة منهم بالخيل، وقول أشهب فى تفرقته بين الخيل والسلاح وبين الخمر ليس بصحيح لأن بيع الخيل والسلاح منهم معصية كما أن بيع الخمر معصية، وسواء على مذهب ابن القاسم كان الأسير فى بلد الحرب أو قدم به إلى بلد المسلمين إذ له على مذهبه أن يرجع به إلى بلده إن شاء خلاف ما ذهب إليه ابن حبيب من أنه لا يمكن من الرجوع به إلى بلده ويؤخذ منه بالقيمة شاء أو أبى، ومن فدى مسلماً بخمر أو خنــــزير أو ميتة فلا رجوع له عليه بشىء من ذلك إلا أن يكون المعطى ذمياً فليرجع عليه بقيمة ذلك، قال سحنون فى «كتاب ابنه»: ومعنى ذلك إذا فداه من عنده، وأما إن ابتاعه ليرجع به فإنه يرجع عليه بالثمن الذى اشتراه به، وإذا اشترى المسلم نصرانياً فأراد من له أسير من المسلمين أن يبتاعه ليفتك به أسيره، وقال متملك الأسير المسلم لا أدفعه إلا فى النصرانى الأسير، وأبى المشترى له المسلم من بيعه، قال ابن الحاج فى «مسائله»: فالواجب أن يؤخذ منه بالثمن الذى بذله فيه، ويعطى مع ذلك ما لزمه من نفقة وكسوة لأن على المسلمين أن يخرجوا أسرى المسلمين بأنفسهم أو يفدوهم بأموالهم، ونزلت عند ابن رشد فحكم بذلك، وكذلك لو اشتراه المسلم بثمن كثير فى الظاهر ليقطع بذلك من يأخذه أعطى فيه القيمة. وفى «مسائل ابن رشد»: سئل فى أسير من المسلمين لم يوجد إلى افتكاكه سبيل إلا أن يدفع فيه علج أبى صاحبه من بيعه إلا بأضعاف ثمنه، فقال: الواجب أن يؤخذ منه بالأكثر من الثمن الذى اشتراه أو من القيمة

التي يساوى على ما يعرف من حاله فى بلده ويرجى أن يفتكه أهله به لا قيمته التي تساوى على وجهه دون الاعتبار بحاله وما يعرف من الرغبة فى فدائه لأن العلوج يشرون لذلك فترجع قيمتهم.

وإذا قدم أهل الكفر أرض المسلمين بصلح أو أمان بأسرى المسلمين، فقيل: إنهم يجبرون على أن يعطوا أثمانهم ويعتقون أحراراً كانوا أو أرقاء، وقيل: لا يجبرون على ذلك ويتركون يرجعون بهم إلى بلادهم، والقول الأول ذكره ابن حبيب، وقال: إنه إجماع من قول مالك وأصحابه إلا ابن القاسم، وإن حكمهم فى ذلك حكم أهل الذمة إذ يعتقون على أهل الذمة باتفاق، والقول الثانى هو قول ابن القاسم، وقيل: يجبرون على بيع الإناث دون الذكور، ومن أسلم منهم فإنه يترك له من هو رقيق وينتزع منه الأحرار خلافاً لابن شعبان، وكذلك إن ظهر فيهم عبداً لمسلم أو مرتداً، فقيل: لهم الأمان، ولا يرد العبد لسيده ولا يستتاب المرتد وهو قول ابن القاسم، وأحد قولى أشهب، وقيل: لا أمان لهم وإن اشترط أولى الأمان وإن كان عبداً لمسلم أو مرتدا وهو قول ابن حبيب فى «الواضحة»، وحكاه عن مطرب وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ وأشهب، وقيل بالفرق بين أن يشترط ذلك فيكون له شرطه أو لا يشترط ذلك فلا أمان له، وهو قول ابن القاسم، ودليل قول الأوزاعى، قال ابن رشد: وقول ابن حبيب أظهر الأقوال، وفى «سماع يحيى»: سألت ابن القاسم عن الرجل يفدى الرجل المسلم من العدو فإذا بلغا بلاد الإسلام اختلفا فى الفدية، فقال: القول قول المفدى فيما أقربه من ذلك قليلاً كان أو كثيراً أشبه أو لم يشبه؛ لأن مالكاً قال: لو أنكر أن يكون فداه أصلاً وقد خرجا من بلاد الحرب كان القول قوله

إلا أن يكون للآخر بينة أنه فداه، قال ابن القاسم: وإن كان ادعى كل واحد منهما على الآخر أنه فداه فإنهما يحلفان جميعاً ولا يكون لواحد منهما على الآخر شيء، قال ابن رشد: قول ابن القاسم: إن القول قول المفدى أشبه أو لم يشبه بناءً على أصولهم في مراعاة دعوى الأشباه في التداعي ولاتفاقهما أنه فداه بخلاف إذا ادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه فداه فأنكر، والذى يأتى على أصولهم إذا اختلفا فى مبلغ الفدية أن يكون القول قول المفدى إذا أتى بما يشبه، فإن أتى بما لا يشبه كان القول قول الفادى إذا أتى بما يشبه، فإن لم يأت واحد منهما بما يشبه حلفا جميعاً، وكان للفادى ما يفدى به مثله من ذلك المكان، وكذلك إن نكلا جميعاً، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر كان له ما حلف عليه، وإن لم يشبه لأن صاحبه قد أمكنه من ذلك بنكوله، وقال سحنون: القول قول الفادى إذا كان بيده الأسير، ولابن أبى حازم فى «المدونة»، مثله وقد روى عن الأوزاعى أن القول قول الفادى وهو بعيد، وفى «العتبية» أيضاً سئل ابن القاسم فى أسير من المسلمين خرج هارباً بأموال أصحابها للعدو رقيق فادعى رأس منها أنه حر ويزعم أنه سبى صغيراً واستخبر فإذا هو فصيح، فقال: الأموال له ولا خمس فيها والمملوك كذلك له مملوك حتى يقيم البينة على ما ادعى أو يثبت أنه كان معروفاً بالإسلام فى أرض الشرك، قال ابن رشد: وهذا صحيح، لأن ملكه قد ثبت فلا يصدق من ادعى منهم الحرية إلا ببينة تثبت له دعواه، وقال ابن القاسم أيضاً فى الرجل المسلم يخرج ومعه علج، فيقول: المسلم أسرته أو اشتريته، ويقول العلج: خرجت معه رغبة فى دين الإسلام، أن القول قول العلج، قال ابن رشد: وهذا كما قال لأن البينة على من ادعى إلا أن يكون

العلج فى وثائقه فيصدق مع يمينه، قاله سحنون وابن حبيب، ويأتى فى «سماع أصبغ» أن القول قول الذى أتى به، وقال فى نصرانيين خرجا من دار الحرب فادعى كل واحد منهما على صاحبه أنه عبده لا شيء لواحد منهما على الآخر إلا أن يأتى ببينة على ما ادعاه، وقال ابن الحاج فى «مسائله»: إذا أسر الرجل وأثبت رجل قبله دينا وقاطع على فك رقبته من الأسر بمال وللأسير مال حاضر هل يبدأ الدين على الفدية، أو تبدأ الفدية قال ابن رشد وأصبغ: يتحاصان فى المال، وقلت أنا: يبدأ بدين الفدية، واحتجا لقولهما بمسألة «المدونة» إذا جنى جناية وعليه دين، فقال ابن القاسم ومالك: يتحاصان وقولى أصح، وقد وجدت المسألة منصوصة لسحنون فى طرة بخط ابن عتاب فى آخر الديات من «المدونة»، وقضاء الأسير فى ماله وهو فى الأسر جائز إذا قامت عليه البينة من صدقته وعتقه من رأس ماله وغير ذلك، قال ابن رشد: وإنما تجوز صدقته وعتقه من رأس ماله إذا طال مكثه عندهم وأمن هو من القتل، وأما إن كان بفور أسره فتصرفه فى ثلثه كالذى يحبس للقتل، قاله ابن حبيب فى «الواضحة»، وهو صحيح بيّن.

فصل

من أسلم من كتابى أو مشرك طائعاً،

فيكتب فيه: عقد أشهد فلان بن فلان النصرانى من أهل بلد كذا على نفسه أنه نبذ دين النصرانية رغبة عنه ودخل فى دين الإسلام رغبة فيه واغتباطاً به لعلمه أن الله تعالى لا يقبل سواه، وأنه ناسخ لجميع الشرائع والملل،وشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأن محمداً عبده ورسوله وخاتم رسله وأنبيائه،

وأن المسيح عيسى ابن مريم عبده ورسوله، وكلمته ألقاها إلى مريم وروح منه، ووقف على شرائع الإسلام من الوضوء والصلاة والزكاة والصيام وغير ذلك، وعرف حدودها ومواقيتها فالتزم ذلك تمسكاً من دون خوف ولا إكراه ولا توقع مكروه عارفاً قدره، وشهد على إشهاده بذلك فى الصحة والجواز فى كذا.

فإن كان يهودياً، فيكتب فى ما نصه: أشهد فلان على نفسه أنه نبذ دين اليهودية رغبة عنه ودخل فى دين الإسلام رغبة فيه واغتباطاً به لعلمه أن الله تعالى لا يقبل سواه، وشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأن محمداً عبده ورسوله، وأن موسى وعيسى وسائر أنبيائه عبيده ورسله، وأن الدين عند الله الإسلام، وتبنى على ما تقدم.

وإن كان مجوسياً مشركاً وغيره، فيكتب فيه ما نصه: أشهد فلان على نفسه أنه نبذ دين المجوسية رغبة عنه، ودخل فى دين الإسلام رغبة فيه إذ هو الحق الذى لا يقبل الله سواه، وشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له، وأن محمداً عبده ورسوله وخاتم أنبيائه، وأن جميع الأنبياء عبيده وصفوته من خلقه، وأن كل معبود سوى الله باطل، ووقف على شرائع الإيمان عند أهل السنة وهو التصديق الحاصل فى القلب بالله وحده وملائكته وكتبه ورسله وما جاءوا به، وهل من شرط صحته العلم بذلك أم لا؟ فى ذلك قولان أصحهما: أن ذلك ليس بشرط لقول الله عز وجل: ﴿وَمَا أَنتَ بِمُؤْمِنٍ لَّنَا وَلَوْ كُنَّا صَادِقِينَ﴾ [يوسف: ١٧]، فإذا صدق الجاهل الغبى ونطق بالشهادتين فهو مومن وإن لم يكن له من المعرفة ما يحصل به العلم اليقين بذلك ولا اختلاف بين أهل السنة أنه من أفعال القلوب وذهبت المعتزلة إلى أن الإيمان هو فعل جميع الفرائض من

العبادات وترك المحظورات، والصحيح ما ذهب إليه أهل السنة، وما روى من أن الصلاة إيمان فلأنها لما كانت لا تصح إلا مع الإيمان، قيل فيها: إيمان، وسميت باسم الأصل،وكذلك لا يصح فعله إلا بنية من الفرائض والسنين، قال عليه الصلاة والسلام: «**الإيمان بضع وسبعون خصلة أعلاها شهادة أن لا إله إلا الله، وأدناها إماطة الأذى عن الطريق**»[1]، قال ابن رشد: ولا يحكم على أحد بالكفر إلا من ثلاثة أوجه، وجهان متفق عليهما، والثالث: مختلف فيه، فأما الاثنان المتفق عليهما، فأحدهما: أن يقر على نفسه بالكفر بالله تعالى، والثانى: أن يقول قولاً قد ورد السماع وانعقد الإجماع أن ذلك لا يقع إلا من كافر، وإن لم يكن ذلك فى نفسه كفراً على الحقيقة، وذلك نحو استحلال شرب الخمر وغصب الأموال وترك فرائض الدين والقتل والزنا وعبادة الأوثان والاستخفاف بالرسل وجحد سورة من القرآن وأشباه ذلك، فصار ذلك علماً على الكفر وإن لم يكن كفراً على الحقيقة، وبهذا القسم يلحق تارك الصلاة من كفره من أهل السنة ولا دليل عليه إلا ظواهر آثار محتملة، والثالث: المختلف فيه أن يقول قولاً يعلم أن قائله لا يمكنه مع اعتقاد التمسك به معرفة الله تعالى والتصديق به، وإن كان يزعم أنه يعرف الله تعالى ويصدق به، وبهذا الوجه حكم بالكفر لأهل البدع من كفرهم بمثال قولهم، وعليه يدل قول مالك فى «العتبية»: ما آية أشد على أهل الأهواء من هذه الآية ﴿يَوْمَ تَبْيَضُّ وُجُوهٌ وَتَسْوَدُّ وُجُوهٌ﴾ [آل عمران: ١٠٦]، وأما القطع على أحد بكفر أو إيمان فلا يصح لاحتمال أن يبطن خلاف ما يظهر إلا بتوقيف النبى ﷺ لنا أو يظهر اعتقاد يقطع به، ومن

---

(1) أصل الحديث فى ((صحيح مسلم)).

أجاب إلى الإسلام دفعه واحدة وتشهد وأقر بالرسالة ثم وقف على شرائع الإسلام فأبى من التزامها لم يقبل إسلامه ولم يكن على التزامها، ويبقى على دينه، ولا يعد مرتداً بترك ذلك، وينبغي أن يوقف على التزام ذلك قبل إسلامه فإذا أباها لم يعرض له، وإذا ثبت أن إسلامه كان عن إكراه وخوف لم يلزمه، فإن أسلم وهو صغير ثم رجع عند البلوغ فإنه يشدد عليه ويتوعد، فإن أصر على دينه ترك ودينه، ومن كان من أبناء الكفار قد ناهز الحلم فأسلم أبوه لم يجبر هو على الإسلام وإن كان صغيراً دخل فى إسلام أبيه ولزمه الإسلام بإسلام أبيه، وحكم له بحكمه، فإن رجع عند البلوغ جبر عليه وقتل إن لم يتب، وقيل: لا يقتل إن لم يولد وأبوه مسلم والأبناء الصغار تبع لآبائهم فى الدين ولأمهاتهم فى الرق والحرية، وإذا أسلم المشرك فلا يقتل وإن ظهر به أنه يظهر الإسلام ولا يعتقد بقلبه، فالله سبحانه يحاسبه على ما فى نفسه، قال ابن رشد: ولا اختلاف فى ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: «**أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فإذا قالوها عصموا منى دماءهم**»[1] الحديث، فإن وجد رجل من العدو فى أرض المسلمين بغير أمان فيقول: جنحت إلى الإسلام أو جئت أطلب الفداء هل يقبل ذلك منه وهم ربما تلصصوا؟ قال ابن رشد: هذه المسألة فيها اختلاف كثير وتحصيله أن فيها ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه لا يقبل قولهم فى ذلك مطلقاً أخذوا فى بلاد الإسلام أو قبل أن يصلوا إليها فيكونون فيئاً للمسلمين يرى فيهم الإمام رأيه إن شاء قتل وإن شاء استرق، وهو قول أشهب فى «الواضحة» وغيرها، والثانى: أنه يقبل قولهم

---

(1) أصل الحديث فى ((صحيح البخارى)).

ويردون إلى مأمنهم إلا أن يتبين كذبهم فيما ادعوا مثل أن يقولوا: جئنا للتجارة وليس معهم أسباب التجارة ونحو ذلك، وهو قول يحيى بن سعيد فى «المدونة» وظاهر قول مالك فيها وقول سحنون، وذلك عندهم إذا أخذوا قبل أن يصلوا إلى أرض المسلمين، فإن أخذوا فى أرض المسلمين فهم فىء، والثالث: أنهم إن كانوا من أهل بلد عودوا الاختلاف لذلك قبل قولهم وردوا إلى مأمنهم، وإلا فهم فىء للمسلمين، وإلى هذا ذهب ابن حبيب فى «الواضحة»، عزاه لمالك من رواية المدنيين وهو قول ربيعة فى «المدونة» وسحنون فى سماعه، وإليه نحا ابن القاسم، وأما إن أظهروا ما ادعوه قبل أن يؤخذوا أو قبل أن يصلوا إلى بلاد الإسلام فلا خلاف أنهم لا يسترقون ويقبل منهم ما ادعوه ويردوا إلى مأمنهم.

ومن أسلم وخرج إلى بلاد المسلمين أو لم يخرج فغنم المسلمون ماله وأهله ففى ذلك قولان:

أحدهما: وهو المشهود أن زوجه وماله وأولاده فىء إلمسلمين وهى رواية ابن القاسم عن مالك فى «المدونة»، والثانى: أن ماله هو أحق به وولده الصغار تابعون له، ومن كفر منهم فحكمه حكم سائر المشركين وهو قول سحنون، وسئل ابن الحاج فى أموال المسلمين الساكنين بدار الحرب إذا أصابها المسلمون، فقال: هى جائزة على القولين المذكورين فى مال الحربى يسلم، والذى أختاره هنا هو قول أشهب، وأنه لا يحل أخذ أموالهم لأن مال الحربى قد كان فى وقت لا يحل للمسلمين من ذلك قبل إسلامه بخلاف المسلم الأصلى فحكم ذلك فى رواية ابن القاسم حكم الدار التى هو فيها لأن اليد للكفار والدار لهم ويد صاحبها كلا يد، وفى قول أشهب وسحنون: اليد لصاحبها وملكه عليه فلا يحل

لأحد لقوله عليه الصلاة والسلام: «**دماؤكم وأموالكم عليكم حرام**»[1] هذا الذى اعتقده وأفتيت به أنا وهشام، وأنبئت بأن أصبغ يفتى بأن ذلك حلال وأنه لا يد لصاحبها مع الكفار فى ذلك، وأنها للكفار، وقال فى موضع آخر: إنما كان لأهل الكفر -قصمهم الله- يد وشبهه على ما حازوه من أموال المسلمين وكان أربابه ممنوعين عنه لا يقدرون على التصرف فيه وجب أن يكون حكم الدار التى الأرض بها أخص بالأرض من حكم دار الإسلام، ويكون المعتمر للمال غير مطلوب بكراء ما اعتمروه،وعلى ذلك نزل الآثار.

الإمامة، والقضاء، والدعاوى، وما اتصل بذلك والشهادات، والأيمان

الإمامة: عبارة عن خلافة شخص للرسول صلى الله عليه وسلم فى إقامة قوانين الشرع وحفظ الملة على وجه يجب اتباعه على كافة الأمة، وشروطها المتفق عليها ستة: الأول: الذكورية، الثانى: البلوغ، الثالث: الحرية، الرابع: الورع والعدالة وكيف يتصدى لها من ترد شهادته؟! الخامس: أن يكون من أهل الاجتهاد فى الأحكام الشرعية يستقل بالفتوى فى النوازل نصا واستنباطاً لا يفتقر إلى غيره، السادس: الكفاية وهى أن يكون ذا رأى مصيب بحيث ينظر فى مصالح المسلمين وضبط أمورهم كما يجب، ونجده بحيث يقوم فى تجهيز الجيوش وسد الثغور، ويلى ذلك بنفسه مع إقامة الحدود وضرب الرقاب فى الحق وإنصاف المظلوم من الظالم ولا يلحقه خور طبيعة عن ذلك، هذه شروط

---

(1) الحديث عند البخارى فى ((صحيحه)) بلفظ: ((فإن دماءكم وأموالكم عليكم حرام)).

الإمامة بإجماع الأمة، وزاد أهل السنة شرطاً سابعاً، وهو أن يكون من قريش لقوله ﷺ: «قدموا قريشاً ولا تَقَدَّمُوها»[1]، وخالف فى ذلك الخوارج وبعض المعتزلة ولم يشترطوه وهى واجبة دون العقل، قال الإمام أبو المعالى: فمن اجتمعت له الشروط المذكورة وانعقدت الإمامة بعقد فقد لزمت، ولا يجوز خلعه من غير حدث وبغير أمرٍ، وهذا مجمع عليه، ولا يشترط فى عقدها الإجماع، ومنع من عقدها لشخصين، والذى عندى أن عقدها لشخصين فى صنع واحد متغاير غير جائز، فإذا بعد المدى فلا احتمال بذلك بحال.

والقضاء: هو النيابة عن الإمام فى تنفيذ الأحكام الشرعية، وأول من قدم فى دار الخلافة قاضياً على بن أبى طالب -رضى الله عنه- ولم يستقض أبو بكر ولا عمر ولا عثمان، وإنما كانوا يلون الحكم بأنفسهم -رضى الله عنهم- فلما اشتغل على بقتال الخوارج قدم شريحاً القاضى، وهو فرض كفاية، ومن اجتمعت فيه شروطه ولم يوجد سواه صار عليه فرض عين، قال سحنون وغيره: ويجبر على ذلك بالسجن والضرب إن امتنع.

وشرطه أن يكون بالغاً حراً عاقلاً مسلماً عدلاً مجتهداً، فإن لم يوجد مجتهد فقلد غيره من العلم ما يميز به بين الحق والباطل، وهذه شروط القضاء التى لا تنعقد الولاية إلا بها، واختلف فى الكتابة فقيل: إنها من ذلك، وقيل: إنها مما يستحب، وقال أصبغ: العدالة ليست شرط فى صحة الولاية، وإنما مما يجب عزله إن عدمها، وكذلك إن كان أصم أعمى أو لا يتكلم فإن الولاية تنعقد له إلا أنه يجب عزله بذلك ولا يحل إبقاؤه، ويستحب أن يكون ورعاً غنياً معروف

---

(1) لم أعثر على تخريجه فى الكتب التسعة.

النسب غير محدود حليماً مستشيراً لا يبالى بلومة لائم سليماً من بطانة السوء غير زائد فى الدهاء، فقد عزل عمر زياداً لذلك، وقال الباجى: العلم ليس بشرط فى صحة الولاية وهو ما يستحب، وإذا كان مقراً، فقيل: يلزمه العمل بقول مقلده، وقيل: لا يلزمه، وقيل: لا يجوز له أن يحكم إلا باجتهاده، قال أبو عمر فى «الكافى»: ولا يجوز أن يشاور فى حكم وهو به جاهل لا يميز بين الحق والباطل لأنه إذا أشير عليه وهو جاهل بحكم لم يعلم إن كان حكم بحق أو باطل، ولا يجوز لحاكم أن يحكم بما لم يعلم أنه الحق بقول من أشار عليه تقليداً حتى يتبين له أنه الحق من حيث تبين للذى أشار عليه بدلالة تظهر له، قال مالك -رحمه الله- يحكم القاضى بكتاب الله الذى هو غير منسوخ، ولا حكّمت السنة خلافه، فإن لم يجد ففيما جاء عن رسول الله ﷺ مجتمعاً عليه قد صحبه العمل، فإن لم يجد ففيما ورد عن الصحابة إن اجتمعوا، فإن اختلفوا حكم بما صحبه العمل فإن لم يجده ففيما ورد عن التابعين، فإن لم يجده ففيما اجتمع عليه الأئمة، فإن لم يجده اجتهد برأيه وقاس بما أتاه عنهم، فإن أشكل عليه شاور من أهل الفقه من هو أهل للمشورة فى دينه ونظره وفهمه، فإن اختلفوا عليه نظر إلى أشبه ذلك بالحق فأخذ به، فإن رأى خلاف رأيهم توقف وازداد نظراً ثم عمل بما هو أشبه بالحق عنده، وله أن يأخذ بقوله دونهم إذا كان مثلهم، وليس له ذلك إن قصر عنهم، وإن لم يتبين له فى الأمر شىء تركه ولا يحكم وفى قلبه منه شك، وإذا أشكل على القاضى أمر تركه، قال سحنون: ولا بأس أن يامر فيه بالصلح ولا يحكم بالتخمين فإنه فسق وجور، وقال مطرف وابن الماجشون وأصبغ فى «الواضحة»: لا يستقضى إلا من يوثق به فى صلاحه وعفافه وفهمه

للسنة، والآثار ووجوه الفقه، ولا يصلح أن يكون صاحب حديث لا فقه له ولا صاحب فقه لا حديث معه، ولا يفتى إلا من هذه صفته، وفى الحديث الصحيح، قال رسول الله ﷺ: «القضاة ثلاثة: قاضيان فى النار، وقاض فى الجنة، فأما الذى فى الجنة فرجل عرف الحق وقضى به، وأما اللذان فى النار فمن عرف الحق وجار، ومن قضى بين الناس بجهل فهو فى النار»[1]، وقال عليه الصلاة والسلام: «مامن أحد أقرب من الله مجلساً يوم القيامة بعد ملك مصطفى أو نبى مرسل من إمام عادل، ولا أبعد من الله من إمام جائر»[2] وقال: «أغنى[3] الناس على الله وأبغض الناس إلى الله وأبعد الناس من الله يوم القيامة رجل ولاه الله تعالى من أمر أمة محمد شيئاً فلم يعدل فيهم»[4]، وكتب عمر بن الخطاب -رضى الله تعالى عنه- إلى بعض عماله أن سهل على الناس من حجابك فإنما أنت رجل منهم، ولكن الله جعلك أثقل منهم حملاً، وإياك أن يكون همك فى بطنك فتكون كالبهيمة التى همها السمن والسمن حتفها.

وينبغى له أن يتخذ مجلساً يصل إليه فيه القوى والضعيف والعبد والمرأة، وفى «المدونة»: والقضاء فى المسجد من الحق، والأمر القديم، وقيل: يكره إلا فى رحابه، وليس عليه أن يتعب نفسه نهاره كله، وأخاف عليه أن يكثر فيخطئ ويتخذ أوقاتاً لجلوسه، ولا ينبغى له أن يحكم فى حالة غضب أو عطش أو جوع،

---

(1) سبق تخريج الحديث.

(2) الحديث فى ((سنن الترمذى)) بلفظ: إن أحب الناس إلى الله يوم القيامة وأدناهم منه مجلساً إمام عادل، وأبغض الناس إلى الله وأبعدهم منه مجلساً إمام جائر)).

(3) هذا الموضع فراغ بالأصل.

(4) لم أعثر على الحديث فى الكتب التسعة بهذه الألفاظ.

ولا ما يدهشه عن تمام النظر، ولا يجلس فى كثرة المطر والوحل لأن ذلك يضر بالناس، ولا بعد الصبح ولا بين صلاتى الظهر والعصر، ولا بين العشاءين، ولا فى أيام النحر، ولا يوم الفطر، ولا يوم سفر الحاج وقدومه، ويتنزه عن العارية والسلف والإبضاع، ولا يحضر إلا وليمة النكاح خاصة إن شاء أكل وإن شاء ترك، ولا يقبل هدية ولو كافأ عليها أضعافها إلا من ولده ووالده وأشباههم، فإن هدايا الأمراء غلول، وقال عمر بن عبد العزيز: كانت لرسول الله ﷺ هدية وللأمراء بعده رشوة، وروى أبو هريرة أن رسول الله ﷺ، قال: «**لعن الله الراشى والمرتشى**»[1]، قال ابن سحنون عن مالك: لا ينبغى لأمير ولا لعامل الصدقة أن ينـــزل على أحد من عمله، ولا يكون عنده، ولا يقبل منه هدية ولا منفعة، فإن فعل لم ينبغ لمن معه أن يأكل من ذلك، قال ابن حبيب: وللإمام أن يأخذ ما أفاده العمل ويضمه إلى ما جبوا، وقد فعله النبى ﷺ مع عامل له، قال: هذا أهدى إلى فأخذه منه، وقال: «**هلا جلس فى بيت أبيه وأمه فينظر ما يهدى إليه**»[2]، وقد فعله الصديق، قال ابن حبيب: فكل ما أفاده الولى من مال سوى رزقه أو قاض فى قضاءه أو متولٍ أمراً للمسلمين فللإمام أخذه منهم للمسلمين، وكان عمر إذا ولى أحداً أحصى ما له لينظر ماذا يزيد، ولقد شاطر عمر العمال أموالهم حيث كثرت ولم يقدر على غير ما ازدادوه بعد الولاية، قاله مالك، وشاطر أبا هريرة وأبا موسى وغيرهما، قال بعضهم فى «الطرر» لابن عات، ويحرم على القاضى أن يأخذ فى الأحكام شيئاً يدفع به حقاً أو يسد به باطلاً،

---

(1) أخرجه الإمام أحمد فى ((المسند))..

(2) رواه مسلم فى ((صحيحه)) بلفظ: ((هلا جلست فى بيت أبيك وأمك حتى تأتيك هديتك إن كنت صادقاً)).

وأما أن يدفع به عن مظلوم فلا بأس، ابن عيشون: وإن تبين له الحق فمنع من إنفاذه رجاء أن يعطيه شيئاً فحكمه مردود غير جائز قال: وقد أجاز بعضهم إعطاء الرشوة إذا خاف الظلم على نفسه وكان محقاً، ابن عبد الغفور: وما أهدى إلى الفقيه من غير حاجة فجائز له قبوله، وما أهدى إليه رجاء العون على خصومة أو فى مسألة تعرض عنده رجاء قضاء الحاجة على خلاف المعمول به فلا يحل له قبولها وهى رشوة يأخذها، قال: وكذلك إذا تنازع عنده خصمان فأهديا إليه جميعاً وأحدهما يرجو كل واحد منهما أن يعينه فى حجته أو فى خصومته عند حاكم إن كان ممن يسمع منه أو يوقف عند قوله فلا يحل له أن يأخذ من واحد منهما شيئاً على ذلك، قال: وأخبرنى بعض أصحابنا أن بعض الشيوخ المتأخرين سئل عن الهدية تأتى الفقيه على الفتيا، فقال: إن كان ينشط إذا أهدى إليه ولا ينشط إذا لم يهد إليه فلا يأخذها، وهذا إذا لم تكن خصومة، وإنما يستفتيه فى شىء يعرض له، والأحسن أن لا يقبل هدية من صاحب فتيا، ولا مسألة وهو قول ابن عيشون، وكان يجعل ذلك رشوة، وقال عليه الصلاة والسلام: «**من شفع لأخيه شفاعة وأهدى له هدية فقبلها فقد أتى باباً عظيماً من أبواب الدنيا**»[1]، ومن هذا انقطاع الرعية إلى العلماء المتعلقين بالسلطان برفع الظلم عنهم فيهدونهم ويكرمونهم فصار باباً من أبواب الدنيا، والرشوه، لأن دفع الظلم واجب على كل من قدر عليه عن أخيه المسلم أو الذمى أو غيرهم، ويجوز أن ينصب فى البلد قاضيان وأكثر من ذلك ويكون كل واحد منهم يختص بجهة أو بنوع من الأحكام، فإن تنازع الخصمان عند من يكون

---

(1) الحديث عند أبي داود في ((السنن))، وأحمد في ((المسند)) كلاهما بلفظ: ((من أبواب الربا)).

الحكم أقرع بينهما، وليس للقاضى أن يستخلف إلا أن يجعل له ذلك فى ولايته فيكون له ذلك باتفاق، وإن مات الذى ولى فلا ينعزل المستخلف بموته، وكذلك إن مات الإمام فلحكامه الحكم حتى يعزلوا ولا ينعزلون بموته، فإن لم يجعل له ذلك، فقيل: له أن يستخلف عند عذر السفر أو المرض، وقيل: لا يستخلف أصلاً وهو قول سحنون، وينبغى أن يختار للولاية أهل الفضل والدين، فروى عن عمر أنه قال: من أمر أميراً أو ولى قاضياً محاباة كان عليه نصف ما اكتسب من الإثم، ومن أمر أميراً أو ولى قاضياً نصيحة لله وللمسلمين كان شريكه فى كل ما عمل من طاعة، ولم يكن عليه شيء مما عمل من الإثم، ثم قال بعضهم: وكذلك توليه القضاء لكون أبيه كان أهلاً لها قبله، وإن لم يكن ذلك أهلاً لها فذلك من البدع المحرمة التى لا تحل، وينبغى للقاضى أن لا يحجب عنه أحداً، ولا بأس أن يحد بصره ويرفع صوته إلى من يستأهل ذلك من الخصمين، ويحتج عمن ضعف عن حجته من الرجال والنساء فيما يظهر له من الحقوق ويقوى حجتهم، ولا يجوز له أن يلقنه، ولا ينبغى أن يعزل القاضى المشهور العدالة بمجرد الشكية، وقال أصبغ: أحب إلى أن يعزل إن وجد بدله، وقد عزل عمر سعداً وهو من أهل العدالة والفضل على ما هو عليه، وإذا عزله عن غير سخطة فليخبر بذلك الناس كما فعل عمر.

وسئل ابن رشد فى قاض تشكى به صنف من أهل نظره نحو خمسين رجلاً وسائرهم من أخلاط الناس والخاصة والعامة يصفونهم بالاعتدال، وتكرر تشكيهم بذلك المرة بعد المرة هل ترى ذلك يوجب عزله؟ فقال: إذا كان مشهوراً بالعدالة والأمانة والخير واتهم من تشكى منه وطلب عزله فى تشكيه

بوجه من الوجوه فلا ينبغى أن يعزل عن الحكم ولا يصرف عن النظر، وبمثله قال ابن الحاج، وإذا ثبت فى القاضى جرح وجب عزله، ولا يعذر إليه إن طلب ذلك، قاله ابن الحاج فى «مسائله» إلا أن يطلب ذلك بعد عزله ليدفع الجرحة فيكون له ذلك، فإن أسقط الجرحة التى ثبتت عليه فللسلطان أن يعيده إلى القضاء إن شاء، قال أشهب: ولا يمكن الإمام الناس من خصومه قضاتهم إذا شكوهم لوجهين:

أحدهما: أن يكون القاضى من أهل العفاف فيستهان ويؤدى أن يكون فاسقاً فاجرا وهو ألحن بحجته ممن شكاه فيبطل حقه،وبمثله قال أصبغ، وإذا كان القاضى عدلاً عالماً فلا تتعقب أحكامه ولا ينقض منها إلا ما خالف القطع أو قامت البينة على أنه حكم فيه بخلاف رأيه المعلوم سهواً، وأما الجاهل فتتعقب أحكامه ويمضى منها ما لم يكن جوراً، والجائر تنفذ أحكامه، ولا يمضى منها شىء عند الجمهور، وقال أصبغ: هو كالجاهل ويمضى منها ما لم يكن منها جوراً،وإذا ولى أهل التأويل قاضياً أو أقاموا أحد ففى نفوذه قولان، وما أتلفوا من مال فلا ضمان عليهم، وكذلك النفس بخلاف أهل الفساط فإنهم ضامنون لما أتلفوا، ولا يصح تقديمهم، وللإمام العدل فى قتالهم جميعاً أهل التأويل وغيرهم ماله فى قتال الكفار وإن كان فيهم النساء والذرية، ولا يقتل أسيرهم، وإذا ظهر عليهم وأمنوا فلا يذفف على جريحهم ومنهزمهم، وأما أموالهم فإن كانت سلاحاً وكراعا استعين بها عليهم ثم ترد إليهم بعد ذلك هى وغيرها، وفى «المبسوطة»: قال مالك: إذا خرج مثل أهل الأهواء على المسلمين وأفسدوا وسفكوا الدماء فأرى أن لا يقاتلوا إلا أن يكون الإمام عدلاً، فإن كان عدلاً

كان حقاً على المسلمين قتالهم حتى يردوهم إلى العدل والحق، فأما إذا كان الإمام غير عدل فإنه لا ينبغي للمسلمين أن يقاتلوهم، قال مالك: فإذا كان مثل هذا فاقعد فى منـــزلك، فإذا أرادوا أخذ مالك فقاتل بسيفك عن نفسك بعد أن تناشدهم الله، قال ابن القاسم: ولو دخلوا مدينة لا يريدون إلا الإمام وحده فإنهم لا يقاتلون إذا كان الإمام جائراً ظالماً إلا أن يريدوا مع ذلك من فى المدينة من المسلمين وأخذ أموالهم، فإن مثل هؤلاء يقاتلون بعد المناشدة، فإن أبوا قاتلوا، وروى عيسى عن ابن القاسم: أن مالكاً سئل عن الوالى إذا قام عليه قائم يريد إزالة ما بيده هل يجب الدفع عنه؟ فقال: أما مثل عمر بن عبد العزيز فنعم، وأما غيره فلا ودعه، وما يريد، فينتقم الله من ظالم بظالم ثم ينتقم الله منهما جميعاً، قال يحيى: والصواب فى «العتبية»: أن لا يعان فيها بشىء ولا يخرج فيها، ومن أتى فى نفسه يريد أخذ نفسه وماله فليدفع عنهما، ونحوه حكى ابن القاسم عن أصحاب مالك فى «مختصر ابن شعبان»، روى ابن القاسم عن مالك أنه قال: إذا بايع الناس رجلاً بالإمارة ثم قام آخر فدعا إلى بيعته فبايعه بعضهم أن المبايع الثانى يقتل إذا كان الإمام عدلاً، فإن كان مثل هؤلاء فلا بيعة له تلزم إذا كانت بيعته على الخوف والبيعة للثانى إن كان عدلاً، وإلا فلا بيعة له تلزم، قال الأبهرى: إن تظاهر قوم على إمام عادل وخرجوا عليه بالهوى والعصبية كما فعل أهل الشام جوهدوا حتى يرجعوا إلى الحق، وقال غيره: كل فئة اجتمعت ونصبت إماماً وامتنعت من حكم الإمام العادل فهى باغية.

وفى كتاب «الاستغناء»: قال بعض المتأخرين: الأئمة على ضروب، فإمام صار إليه الأمر عن رضى من جميع المسلمين بأحواله وصفاته من عدله أو صار

إليه من غير تشاور ولا تناظر ولا قتال عليه إلا توليحاً ممن ولجه إياه فرضى المسلمون فعله وهديه إذ صار الأمر إليه، ورأوه لذلك أهلاً، فواجب على المسلمين الذب عن مثل هذا، وأما من صار إليه الأمر بعد الغلبة عليه دون مشورة واستوطأ له الأمر وظهر كظهوره من الخلفاء الراشدين فواجب على المسلمين نصحه ولزوم الطاعة له والدعاء بالبقاء والصلاح، وأما من أخذ الأمر غلبة من غير مشورة ودعا الناس إلى بيعته وظهر منه الجور فى الأموال والدماء وغير ذلك إلا أن أمره قد استوطأ وملك وغلب، وأمن الناس معه الفتنة التى تذهب الدين والمال وتوجب سفك الدماء وتسلط عوام الناس وخواصهم بعضهم على بعض، وعلم أن السمع والطاعة له أبعد لسد الشر وذهاب النفوس، فقد وجبت طاعته فيما دعا إليه من الأحكام وأداء الزكاة إذا طلبها، وإن جار فواجب أن يعتقد إماما مطاعاً، وإن كان ظالماً مستأثراً لنفسه بالخمر والبغى وبيوت الأموال إلا أنه لا يجب أن يقصد إلى قتال من قعد عن بيعته ولا يجب على المسلمين نصر ولا سفك دمائهم دونه إن قام قائم عليه بسبب جوره وأقاموا عليه إماما يدعون إليه، وقال الإمام أبو المعالى: إذا جار الوالى وظهر ظلمه فلأهل الحل والعقد التواطؤ على درئه ولو بشهر الأسلحة ونصب الحروب.

فصل

وللقاضي النظر في القليل والكثير بلا تحديد، والذي ينفرد القضاة بالنظر فيه دون غيرهم من الحكام الدماء والأحباس والوصايا والأيتام وأموال الغيب بذلك جرت الأقضية بالأندلس، وينبغي له أن يختار الكاتب والمزكي والمترجم ويتفقد الأعوان، ويجعل للنساء وقتاً ينفردن به عن الرجال وليسوّ بين الخصمين في المجلس والسلام والكلام وغير ذلك، وقيل: له رفع المسلم على الذمي، فإذا وقف الخصمان بين يديه، فقال ابن أبي زمنين: من شأن حكام العدل أن يقول لهما من المدعي منكما؟ فإذا قال أحدهما: أنا ووافقه الآخر تكلم وسكت المدعى عليه حتى يفرغ، وإن قال: كل واحد منهما: أنا أخرجهما عنه حتى يأتي أحدهما فيكون المدعي، قال ابن حبيب: ورواه أصبغ، وفي «المعونة»: إنه يسمع ممن بدأ منهما، فإن تشاحا أقرع بينهما، ويقصد بذلك ما جاء في الحديث من أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ، فقال: «تكلم»[1] الحديث، قال بعضهم: وإذا تقدم الخصمان فقال أحدهما ماله على صاحبه ولم يزد على ذلك، فليس على القاضي أن يسأله حتى يقول: إنه منعني حقي أو ظلمني، فروى أن بشر بن عتاب قدمه رجل إلى محمد بن سماعة، فقال له: إن هذا تكفل لي بنفس فلان فقال محمد بن سماعة لبشر: ما تقول فيما يذكر هذا الرجل؟ فقال له بشر: ليس لك أن تسألني لأن ذكره لك خبر منه لغيرك، وليس إخباره إياك مطالبة لي بالكفالة ولا دعوى علي بها، فإذا أفرغ المتكلم أولاً من كلامه أمر خصمه بالجواب، فإن امتنع عن الجواب بإقرار أو إنكار عوقب بالسجن والضرب حتى

---

(1) رواه البخاري في كتاب ((الأيمان والنذور)) باب ((كيف كانت يمين النبي ﷺ)).

يقر أو ينكر إلا أن يقول لا أجاوب لأنى لا أعرف حقيقة ما يدعى فيحلف على ذلك، ويقال للطالب: أثبت، وقال أصبغ: إذا امتنع من الجواب عد كالناكل، فإن كان شيئاً لا يثبت إلا ببينة، قيل للطالب: أثبت، وإن لم يكن كذلك قضى له بما يدعى مع يمينه، وقال ابن الواز: إذا نكل عن الجواب قضى للطالب بما يدعى باليمين.

قال ابن رشد: وما حكاه ابن العطار عن مالك عما وقع فى شهادات «المدونة» وغيرها من أنه لا يوقف المطلوب على شيء حتى يثبت الطالب دعواه ليس بصحيح إذ لا اختلاف فى أنه لابد أن يوقف قبل أن يثبت دعواه على الإقرار والإنكار، فإن جاوب قضى بينهما، والبينة على من ادعى واليمين على من أنكر، وتحديد الفرق بين المدعى والمدعى عليه أن من كان قوله على خلاف الأصل أو العرف والعادة فهو المدعى، والذى يوافق قوله ذلك فهو المدعى عليه، ولا تسمع الدعوى حتى تكون معلومة، فلو قال: لى عليه شيء لم يقبل حتى يحققه، فلو قال: أظن أن لى عليه كذا لم يقبل، وتكون معتبرة شرعاً فلو قال: لى عليه عشر حبة لم يسمع، وكذلك إن قال لى عليه عدة دنانير ولم يسم من أى وجه هى فلا يقبل منه حتى يسمى أنها من بيع أو سلف أو غير ذلك، وإن أراد الخصم سؤاله عن ذلك كان له ذلك، وإن غفل عن ذلك سأله القاضى لئلا يكون من ثمن خمر وشبه ذلك فيكون قد حكم فيما لا يجوز، فإن أبى الطالب أن يفسر من أى وجه هى فلا ينظر القاضى له إلا أن يقول لا أعلم الآن وجهه ولا أذكره فيقبل قوله فى ذلك، ولا يمين عليه إذا قال: إنه لا يذكره، وكذلك

الجواب لابد أن يكون مطابقاً للدعوى بإقرار أو إنكار، وللقاضى أن يأمرهما بالإشهاد بذلك قبل الحكم فتثبت الدعوى والجواب ليقع الحكم عليهما.

ويكتب فى ذلك: عقد يقول فلان أنه له قبل فلان كذا وكذا ديناراً ثمن كذا باعه منه قبل هذا وهى عليه باقية حتى الآن لم يدفع له شيئاً منها، وأن الموضع بكذا أو الدار ماله وملكه، وحضر معه فلان، وقرره على ذلك فأنكر ذلك كله إنكاراً كلياً تمادى عليه وتلقى ذلك فلان من جوابه وبقي على مقالته فبينهما الشرع، وأشهد بذلك فى كذا.

بيان: والذى جرت به الفتوى عند العلماء ومضى به العمل عند القضاة فى الذى يوقف خصمه على وثيقة أو توقيف ليقضى جوابه أن ينظر إلى الوثيقة أو التوقيف، فإن تضمن فصولاً كثيرة ومعانى مختلفة فلا يكلف المواقف الجواب على ذلك حتى يأخذ نسخة ذلك، فإن لم يكن فيهما من الفصول والمعانى ما يجعل وعلم أنه يفهم جميع ذلك عند قراءته فلا يعطى نسخة منه ويجبر على الجواب، وقال القاضي فى «أحكامه» من «سير الحكام»: أن يجبروا على الجواب على الوثائق القليلة المعانى والفصول حاشا وثائق الاسترعاء فإنه لا يجبر على الجواب فى ذلك، وفى «أحكام ابن سهل» وغيره خلاف ذلك، وأنه يوقف على وثائق الاسترعاء فانظره، وإذا أنكر المطلوب الحق فأثبته الطالب ببينة أو إقرار المطلوب به بعد ذلك وأثبت المطلوب البراءة منه فلا يحكم له بتلك البراءة إذا قدروها بإنكاره الأصل، وكذلك إن كانت وديعة فادعى بعد الإنكار ردها فلا يقبل منه، قاله ابن القاسم وغيره، وقيل: إنه يحكم له ببينته بالبراءة وهو أقيس بالأصول؛ لقوله ﷺ: «**لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه**»

قال ابن أبي زمنين: وهذا إذا أنكر أصل الدين، وقال: لا أعرفه، فإن قال: مالك: على شيء منه فهنا تنفعه البراءة.

وذكر الباجي فى وارث سأله وارث معه عن ملك بيده فأنكر أن يكون ملكاً لمورثهم ثم ثبت أنه كان ملكاً له أن فقهاء عصره أفتوا أن الملك يكون بينه وبين سائر الورثة وليس إنكاره مما يضره، قال: والذى وقع من قول الفقهاء أن الإنكار لا يضر المنكر فى الأصول مروى عن ابن القاسم، وهو مذهب أحمد بن عبد الله وغيره من أهل العلم، ومذهب فقهاء قرطبه أن الإنكار فى الديون والأصول سواء يضرهم وهو قول ابن العطار فى وثائقه، وفى «أحكام ابن سهل» فى دار ادعى فيها رجل على من هى بيده فأنكر المدعى أن يكون عامله فيها بشىء ثم استظهر بعقد ابتياعه لها منه، فقال ابن لبابة وعبيد الله بن يحيى وابن وليد: إنكاره مسقط لما قام به، قال ابن سهل: وقاسموا ذلك على الإنكار فى الديون، وفرق ابن القاسم بين الأصول والديون، وقال: تسمع بينته فى الأصول إذا كان عذر من غيبة أو جهالة، وقال ابن كنانة أيضاً: روى حسين بن عاصم أن الأرض كالدين لا تنفعه البينة، قال: وجواب الشيوخ على رواية حسين، وإذا أقر المطلوب بالحق أو ثبت وتبين للحاكم موضع الظالم من المظلوم فلا يسعه إلا فصل القضاء، وإذا أشكل عليه أمر تركه، قال سحنون: ولا بأس بأمره فيه بالصلح ولا يحكم فيه بالتخمين فإنه فسوق وجور، قال مالك: ولا أرى للوالى أن يصلح على أحد الخصمين أو يعرض له عن خصومته لأن يصالح، قال بعضهم: وإنما يجوز له أن يأمر بالصلح إذا تقاربت الحجتان بين الخصمين غير أن أحد الخصمين يكون ألحن بحجته من الآخر أو تكون الدعوى فى أمور درست

وتشاحت، وقال عمر بن الخطاب -رضى الله عنه- رددوا القضاء بين ذوى الأرحام حتى يصطلحوا، فإن فصل القضاء يحدث بينهم الضغائن، قال بعضهم: إنما يكون التردد ما لم يجب الحق فلا ينبغى للقاضى أن يؤخر إنفاذه، وقال محمد ابن الحسين: لا ينبغى للقاضى أن يرددهم أكثر من مرتين إن طمع فى الصلح فيما بينهم، فإن لم يطمع أنفذ بينهم القضاء، قال محمد بن سحنون: وكان أبى ربما رد الخصمين إلى من عرفه بالصحة والأمانة، فيقول لهما: اذهبا إلى فلان يصلح بينكما فإن اصطلحتما وإلا رجعتما إلى، وترافع إليه رجلان من أهل العلم فأبى أن يسمع منهما، وقال لهما: استرا على أنفسكما ولا تطلعانى على أمركما مما قد ستره الله عليكما.

ومن له على غيره دعوى دعاه إلى القاضى، فإن أجاب وإلا دفع إليه القاضى طابعاً يرتفع به معه المطلوب إن كان فى عصر الحكم أو على الأميال اليسيرة منه أو وجه معه أحد أعوانه، فإن بعد فليكتب برفعه، وقال ابن حبيب عن أصبغ: إذا استعدى الخصم على الخصم فأبى وسأل أن يكتب فلا يكتب إلا لأهل العدل من ذلك البلد إن أجمعوا بينهما للتناصف، فإن أبيا فانظروا، فإن رأيتم للمدعى وجه مطلب ولم يرد بالمطلوب تعنيته فارفعوه إلينا وإلا فلا، هذا إن كان بحيث لا مؤنة فى القدوم عليه ولا على المدعى ولا على البينة، وأما إن بعد الموضع فليكتب إلى من يثق بفهمه ودينه هناك أن أنظر فى دعوى فلان قبل فلان واسمع من البينة،وخاطبنا بما ثبت عندك وتراه فى ذلك ثم ينظر فى خطابه، فإن رأى أن يأمره بإنفاذ الحكم فعل وإن رأى رفعهما إليه لإنفاذ ما ثبت عنده فعل لا يشخص من البعد خصماً ولا شاهداً، والبعد ستون ميلاً، ذكره سحنون فى

«العتبية»، وإذا امتنع الخصم من الحضور وتغيب،وثبت ذلك فكان سحنون يكتب بعقله ضياعه ومنافعه وسد بابه ليضطره ذلك إلى الحضور، وفى «وثائق ابن العطار» إذا عصي الدعوة ووجه القاضى معه أعوانه كان على المطلوب أجرة العون، فإن طال مغيبه سمع القاضى من بينته وأثبت حقه ودعواه فى ماله إن كان له مال، ومن الناس من قال: يهجم عليه فى داره، ومنهم من قال: يرسل القاضى عدلين مع نساء وأعوان، فيكون الأعوان بالباب ويدخل النساء ويفتشن الدار، ويكون ذلك بغتة، والأصل فى ذلك فعل عمر فى إخراج بنت أبى قحافة من الدار وتفرق النوح، وفى «العتبية» كتب ابن غانم إلى مالك فى الخصمين يختصمان فى الأرض، فيقيم أحدهما: البينة أنها له فإذا علم ذلك الذى قامت عليه البينة هرب وتغيب فلم يوجد، فقال مالك: اكتب إليه إذا ثبتت عندك الحجج وسألته عن كل ما يريد واستقر عندك علم كل ما يريد أن يسأله فلم تبق له حجة، فاقضى عليه وهو غائب.

قال ابن رشد: وهذا كما قال إذا تغيب بعد أن استوفى جميع حججه وهرب فراراً من القضاء عليه أن يقضى عليه ويعجزه، ولا يكون له إذا قدم أن يقوم بحجته بمنزلة الحاضر إلا على القول بأن المحكوم عليه إذا أتى بحجة لها وجه بعد الحكم عليه يسمع منه، وأما إن هرب وتغيب قبل أن يستوفى جميع حجته فالواجب فى ذلك أن يتلوم عليه فإن تمادى فى المغيب قضى عليه من غير أن تقطع حجته.

وإذا تعلق الخصم فى العقار بخصم بغير موضع العقار، ففى «أحكام ابن زياد» أنهما يتخاصمان حتى إذا لم يبق إلا الحكم والقطع كتب القاضى إلى قاضى

الموضع الذى فيه المال فينفذ الحكم، وإنما يكون الحكم حيث المدعى عليه فى مذهب ابن القاسم، وهو الذى رواه ابن حبيب عن مطرف، وقاله أصبغ، وقال ابن الماجشون: إنما يكون النظر حيث المدعى فيه، قال فضل: وهو مذهب ابن كنانة وسحنون إلا إن كان أحد القاضيين جائراً فالخصومة حيث الأعدال، وفى «كتاب الجدار» سئل عيسى بن دينار عن الرجل من أهل قرطبة تكون له القرية أو الدار والحق بجيان فيدعى ذلك عليه، رجل من أهل جيان فيريد الجيانى مخاصمة القرطبى عند قاضى جيان حيث الشىء الذى ادعى فيه ليرفع منه القرطبى إلى جيان، قال: لا يرفع معه، وإنما يحكم بينهما حيث المدعى عليه، قال: وأخبرنى من حضر ابن بشير حكم بذلك، وكتب به بعض قضاة ابن حبيب، وقاله مطرف، وقال: ليس له إمساك المطلوب إن تعلق به فى غير موضع العقار للخصام فيه، وأما إن كان العقار بالموضع الذى تعلق به فيه فله حبسه، وأما الدعوى بحق فى الذمة فإنما الخصام حيث تعلق به الطالب، قلت: الديون فى هذا مخالفة للعقار؟ قال: نعم، وكذلك لا يسمع القاضى إذا احتل بغير عمله من بينة تشهد عنده فى شىء وإن كانت الحكومة فى بلده، وله أن يسأل عمن شهد عنده فى بلده، ذكر ذلك ابن عبد الحكم فى كتاب «آداب القضاة»، وفى كتاب «منهاج القضاة» لابن حبيب: سألت أصبغ عن القاضى يحتل بغير عمله فيأتيه رجل ويذكر له أن له حقاً قبل رجل من أهل عمله ويذكر أن شهوده بهذا المصر، ويسأله أن يسمع منهم، فقال: نعم يسمع من بينته ويرفع شهادتهم ويسأله قبولهم، وإن شاء سأل قاضى ذلك المصر عنهم، فإن أخبره بعدالتهم أجزى بذلك، ولو اجتمع الخصمان عنده لم ينظر بينهما، قال ابن سهل: ونزلت

من ذلك مسألة سألت عنها شيخنا أبا محمد بن عتاب وذلك فى القاضى يحتل بغير عمله وحق عنده لرجل حق فسأله الرجل الذى له الحق أن يخاطب له من موضع احتلاله قاضى موضع مطلوبه بما كان أثبته عنده ببلده، فقال لى: لا يجوز ذلك، قلت: فإن فعل؟ فقال: يبطل ثم قال: وليس ببعيد أن ينفذ ذلك وينهى القاضى إلى القاضى ثبوت الحكم بوجهين بالمشافهة وبالكتابة الخطاب، فأما المشافهة فتكون على وجهين أحدهما: أن يكونا قاضيين ببلد واحد، والثانى: أن يكونا متجاورين ويكون كل واحد منهما فى طرف عمله يعلم أحدهما الآخر بثبوت الحكم، فذلك جائز، فإن كان الذى يعرف فى غير موضع ولايته فلا يسمع قوله، وإن كان فى موضع ولايته والذى يسمع منه فى غير ولايته وهو شاهد عليه فلا يحل له أن يعمل بذلك ولا يحكم به، وقال ابن سهل: قلت لابن عتاب: فإن ثبت حق عند قاضى ببلده على من هو عليه فى موضع احتلاله فأعلم قاضى ذلك الموضع مشافهة بما ثبت عنده هل تكون كمخاطبته إياه من بلد؟ فقال لى: ليس مثله وهو بإخباره هنا بما ثبت عنده طالب فضول، قال ابن سهل: ورأيت فقهاء طليطلة يجيزون إخبار القاضى المحتل بذلك البلد قاضى البلد وينفذ ويروه كمخاطبته إياه.

وأما الكتاب المجرد بالخطاب، فقال مالك: كان من الأمر القديم العمل بالكتاب المختوم حتى حدث الإيهام، فأحدثت الشهادة فلابد مع الكتاب من شاهدين عدلين يشهدان عند القاضى المخاطب إليه بأن القاضى المخاطب أشهدهما بما فيه، وحينئذ يجوز إعماله وإلا فلا، ولو قال لهما: اشهدا أن ما فى الكتاب خطى أو حكمى، قيل: إن كان قريباً كأعراض المدينةونحوها فيجزى

فى ذلك الكتاب والخاتم دون شهادة، وأما البعيد فلابد من الشهادة، وكذلك إن كان للقاضى رجال استخلفهم فى نواحى عمله فإنه يقبل ما خاطبوه به، وإن كان ذلك بغير بينة إذا كان مختوماً وعرف ذلك وهو منه على قرب الاستدراك ما يخشاه منه من التعدى، وفى «سماع يحيى»: لا ينبغى للقاضى أن يخاطب أحداً من قضاه الكور إلا أن يكون على يقين من حسن نظره واحتياطه لمن ولى النظر له، وإن لم يكن عنده بهذه الصفة فلا يخاطب،وكذلك لا ينبغى أن يخاطب على شىء ناقص، ففى «مسائل ابن الحاج»، قال: خوطب ابن حمدين بكتاب من عند ابن منظور، ولم يقيد على الشاهد أنه لا يعلم أن الدين تأدى ولا سقط، وسئل ابن حمدين أن يخاطب به إلى بلنسية فأفتاه الفقهاء بأنه لا ينبغى لك أن تخاطب بشىء ناقص ورد من قرطبة علمه إلى إشبيلية.

ويعتمد القاضى على عمله فى التجريح والتعديل اتفاقاً ولا يحكم بعمله فى شىء من الأشياء كان مما أقر به أحد الخصمين عنده أم لا إلا أن يشهد عليه بذلك شهيد أعدل، قاله ابن القاسم، وبه العمل، وقال ابن الماجشون: يحكم عليه بما أقربه عنده وإن لم يشهد عليه وهو قول عيسى وأصبغ وسحنون،وليس به عمل، وأما ما يقر به الخصمان ويشهد عليهما به فى مجلس القضاء، فقال إسحق ابن ابراهيم: سقوط الإعذار فى ذلك إجماع من المتقدمين والمتأخرين، وأنكر ذلك عليه محمد بن الفخار، وقال: لابد من الإعذار إليه، قال ابن سهل: وهو القياس على القول بأن القاضى يقضى بعلمه لكن الذى قال إسحق بن إبراهيم وابن العطار به جرى العمل، قال: ورأيت لبعضهم أنه إذا شهدوا فى مجلس القاضى ولم يشهدوا بما عند القاضى فى ذلك المجلس ثم أدوها بعد ذلك

فإنه يعذر فى شهادتهم بخلاف إذا أدوها فى المجلس، وكذلك إذا حفظوها وأدوها وكتبوها بعد ذلك فإنه يعذر فى شهادتهم، ويجب عليه نقض حكم نفسه إذا حكم بما يخالف القطع كما يفسخ حكم غيره، وكذلك إذا كان له رأى فحكم بغيره ساهياً، فإن حكم بشىء فظهر له أنه غير صواب، فقال ابن القاسم: يفسخ الأول، وقال ابن الماجشون وسحنون: لا يجوز فسخه وهو الذى اختاره أئمة المذهب، ولا يفسخ حكم غيره حتى يبين وجه فسخه، وفى فسخه حكم نفسه من غير تبيين قولان، وإذا حكم بشىء فنسى فشهد شاهدان أنه حكم به أمضاه كما يمضيه غيره.

قال أصبغ: وينبغى للقاضى إذا سجل بين الخصمين أن يسمى فى كتابه الشهود، فإن لم يفعل حتى عزل أو مات نفذ الحكم إلا على الغائب فالقضية عليه مردودة، وكان سحنون يذهب فى الحكم على الحاضر إلى ترك التصريح بأسماء الشهود إذ قد يحكم القاضى بهم وهم عدول ثم تحدث لهم جرحه، وقد عزل القاضى أو مات فيدعى أنه قبل عليه غير عدول فالتسمية مما توهن الحكم عنده، وفى «المجموعة» لسحنون أيضاً: أن تسميتهم أيضاً لا تلزم للغائب وإلى قول أصبغ ذهب جل الفقهاء وبه جرى العمل، وهو فى الحاضر مستحب وفى الغائب واجب، قال ابن رشد: وإذا أشهد القاضى بثبوت عقد عنده، وقال فى تسجيله: إنه ثبت عنده بما فى الكتاب ولم يسم بمن ثبت عنده فيطلب الخصم أن يحلفه والقاضى قد عزل أو مات فإنه يحمل جميعهم على العدالة، ولا يبطل العقد إلا بأن يجرح القائم جميعهم، وما شهد به من المقالات والإقرارات بمجلس القاضى وشهد به عنده فيه ثم أنكره المقر بعد ذلك وطلب أن يعذر إليه فيه فلا

يعذر إليه فيه ويحكم عليه به لمعرفته بصحة ما شهدوا به، ذكره ابن بطال وغيره، ويعذر إليه فيما عدا ذلك، فإذا ادعى مدفعاً أجَّله، والآجال ثلاثة وهى أيام التلوم.

ويكتب فى ذلك: عقد أعذر إلى فلان فيما ثبت فى رسم الاسترعاء بكذا فقال: إن له فى ذلك مدفعاً ومقالاً وتأجل عن إذن من وجب فى حله والتماس منافعه فيه أجلاً من خمسة عشر يوماً أولها غدا التاريخ، وأشهد بذلك فى كذا ثم تكتب الأجل الثانى والثالث، فإذا انصرمت فيكتب التلوم، ونصه: وتأجَّل فلان فيما تأجل فيه أجلا من ثلاثة أيام أولها غدا التاريخ تلوماً بعد الآجال الثلاثة المتقدمة عليه بذلك فى كذا، فإذا انقضى التلوم عجزه وحكم عليه بقطع حجته ويعجز القاضى كل واحد من الخصمين، ويشهد بذلك ويقطع حجته، وسواء كان طالباً أو مطلوباً لا ينظر له هو ولا من جاء بعده إن جاء ببينة فى قضيته تلك إلا فى العتق والطلاق والنسب، فعجز الطالب عن ذلك كلا عجز، وينظر له متى جاء ببينته فى ذلك، قاله ابن القاسم وابن وهب وأشهب، وسواء كان طالباً أو مطلوباً، وقاله ابن الماجشون أيضاً، قال: وكذلك من ادعى ذلك فعجز عن إثبات دعواه أو تعديل شهوده وقد أجل فى ذلك فإنه لا يحكم بقطع دعواه لأنها دعوة متى ظهرت أنفذت، قال ابن حبيب: وهو أحسن، وقال أصبغ وسحنون فى ترك تعجز الطالب فإنه متى أحق حقه قضى له به، قال: وأما المطلوب فإنه يعجز ولا يسمع منه بعد ذلك حجة وكذلك الحبس، وطريق العامة ليس عجز الطالب.لذلك بالذى يوجب منعه أو منع من النظر له إن أتى بماله وجه، وقيل فى الدماء: إنه لا يعجز فيها، قال بعضهم: وكان سحنون وابن

يعذر إليه فيه ويحكم عليه به لمعرفته بصحة ما شهدوا به، ذكره ابن بطال وغيره، ويعذر إليه فيما عدا ذلك، فإذا ادعى مدفعاً أجَّله، والآجال ثلاثة وهى أيام التلوم.

ويكتب فى ذلك: عقد أعذر إلى فلان فيما ثبت فى رسم الاسترعاء بكذا فقال: إن له فى ذلك مدفعاً ومقالاً وتأجل عن إذن من وجب فى حله والتماس منافعه فيه أجلاً من خمسة عشر يوماً أولها غدا التاريخ، وأشهد بذلك فى كذا ثم تكتب الأجل الثانى والثالث، فإذا انصرمت فيكتب التلوم، ونصه: وتأجَّل فلان فيما تأجل فيه أجلا من ثلاثة أيام أولها غدا التاريخ تلوماً بعد الآجال الثلاثة المتقدمة عليه بذلك فى كذا، فإذا انقضى التلوم عجزه وحكم عليه بقطع حجته ويعجز القاضى كل واحد من الخصمين، ويشهد بذلك ويقطع حجته، وسواء كان طالباً أو مطلوباً لا ينظر له هو ولا من جاء بعده إن جاء ببينة فى قضيته تلك إلا فى العتق والطلاق والنسب، فعجز الطالب عن ذلك كلا عجز، وينظر له متى جاء ببينته فى ذلك، قاله ابن القاسم وابن وهب وأشهب، وسواء كان طالباً أو مطلوباً، وقاله ابن الماجشون أيضاً، قال: وكذلك من ادعى ذلك فعجز عن إثبات دعواه أو تعديل شهوده وقد أجل فى ذلك فإنه لا يحكم بقطع دعواه لأنها دعوة متى ظهرت أنفذت، قال ابن حبيب: وهو أحسن، وقال أصبغ وسحنون فى ترك تعجز الطالب فإنه متى أحق حقه قضى له به، قال: وأما المطلوب فإنه يعجز ولا يسمع منه بعد ذلك حجة وكذلك الحبس، وطريق العامة ليس عجز الطالب لذلك بالذى يوجب منعه أو منع من النظر له إن أتى بماله وجه، وقيل فى الدماء: إنه لا يعجز فيها، قال بعضهم: وكان سحنون وابن

الاستحقاق للرباع والأصول والديون والحيوان والعروض، ولا يرجى له حجة في ذلك، وقال ابن الماجشون وسحنون في هذا: إنه يحكم عليه في جميع الأشياء من الأصول وغيرها، ولا يرجى له حجة ويوكل إليه وكيل يعذر إليه، والصواب إرجاء الحجة إذ قد لا يعرف الوكيل حجته فإرجاء الحجة أحوط، والثالث غائب منقطع الغيبة مثل مكة من إفريقية والمدينة من الأندلس وخراسان، فهذا يحكم عليه في كل من الديون والحيوان والأصول وغيرها وترجى له الحجة كما تقدم، قال في «نوازله»: وهذا الذي ذكرنا من حد الغيبة البعيدة والقريبة هو مع الأمن والطريق المسلوكة، وأما إذا كانت الطريقة غير مأمونة ولا مسلوكة فيحكم على الغائب فيها وإن قربت غيبته، وترجى الحجة له، ومن خلف البحر بالجواز القريب المأمون كالبر الواحد إلا في الأمن الذي يمنع ركوبه فيكون للقريب فيه حكم البعيد، وهو الذي أراه على مذهب مالك، ولا يحكم القاضي على عدوه، قال ابن الحاج: وذكر الماوردي في «الأحكام السلطانية»: أنه يجوز للقاضي أن يحكم على عدوه بخلاف الشهادة عليه لأن أسباب الحكم ظاهرة، قال: وهو خلاف مذهب مالك، وفي جواز حكمه لمن لا تجوز شهادته له قولان: أحدهما: أنه يجوز، والثاني: أنه لا يجوز، وقال ابن الماجشون: إنه لا يجوز لزوجه ويتيمه الذي لنظره ويجوز لغيرهما، ولا يحل حكم القاضي حراماً، ولا يحرم حلالا ولا يفتي في الخصومات، وقال ابن عبد الحكم لا بأس بذلك، فإن أفتى في قضية فليس بحكم باتفاق، وكذلك إن قال في مثل نكاح بلا ولي: لا أجيزه فليس ذلك بحكم وهي فتوى.

وسئل ابن رشد فى الفتوى وصفة المفتى، فقال: الذى أقول به فى ذلك إن الجماعة التى تنسب إلى العلوم وتتميز عن جملة العوام بالمحفوظ والمفهوم تنقسم على ثلاثة طوائف طائفة منهم اعتقدت صحة مذهب مالك تقليداً بغير دليل فأخذت أنفسها بحفظ مجرد أقوال أصحابه فى مسائل الفقه دون التفقه فى معانيها بتمييز الصحيح منها الجارى على أصوله من السقيم الخارج إلا أنها لم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول وطائفة اعتقدت صحة مذهبه بما بان لها أيضاً من صحة أصوله فأخذت أنفسها بحفظ مجرد أقوال أصحابه فى مسائل الفقه ثم تفقهت فى معانيها فعلمت الصحيح منها الجارى على أصوله من السقيم الخارج عنها وبلغت درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول لكونها عالمة بأحكام القرآن عارفة بأحكام الناسخ منها والمنسوخ والمفصل من المجمل والخاص من العام، وعالمه بالسنن الواردة فى الأحكام مميزة بين صحيحها من معلولها عالمة بأقوال العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من فقهاء الأمصار، وبما اتفقوا عليه واختلفوا فيه عالمة من علم اللسان بما تفهم به معانى الكلام عارفة بوضع الأدلة فيها مواضعها.

فأما الطائفة الأولى فلا يصح لها الفتوى بما علمته وحفظته من قول مالك أو قول أحد من أصحابه إذ لا علم عندها بصحة شىء من ذلك، وإذ لا تصح الفتوى بمجرد التقليد من غير علم ويصح لها فى خاصتها إذا لم تجد من يصح لها أن تستفتيه إن تقلد مالكاً أو غيره من أصحابه فيما حفظته من أقوالهم وإن لم يعلم من نزلت به نازلة بما حفظته فيها من قول مالك وقول غيره من أصحابه، فيجوز للذى نزلت به النازلة أن يقلده فيما حكاه له من قول مالك فى نازلته

ويقلد مالكاً فى الأخذ بقوله فيها،وذلك أيضاً إذا لم يجد فى عصره من يستفتيه فى نازلته فيقلده فيها، وإن كانت النازلة قد علم فيها اختلافاً من قول مالك وغيره فاعلمه بذلك كان حكمه فى ذلك حكم القاضى إذا استفتى العلماء فى مسألة فاختلفوا عليه فيها، وقد اختلف فى ذلك على ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه يأخذ بما شاء من ذلك، والثانى: أنه يجتهد فى ذلك فيأخذ بقول اعلمهم، والثالث: أنه يأخذ بأغلظ الأقوال.

وأما الطائفة الثانية: فيصح لها إذا استفتيت أن تفتى بما علمته من قول مالك أو قول غيره من أصحابه إذا كانت قد بانت لها صحته كما يجوز لها فى خاصتها الأخذ بقوله إذا بانت لها صحته، ولا يجوز أن تفتى بالاجتهاد فيما لا تعلم فيه تضامن قول مالك أو قول غيره من أصحابه، وإن كانت قد بانت لها صحته إذ ليست ممن كمل لها أدلات الاجتهاد التى يصح لها بها قياس الفروع على الأصول.

وأما الطائفة الثالثة: فهى التى يصح لها الفتوى عموماً بالاجتهاد والقياس على الأصول التى هى الكتاب والسنة وإجماع الأئمة بالمعنى الجامع بينهما وبين النازلة أو على ما قيس عليها إن عدم القياس عليها ومن القياس جلى وخفى لأن المعنى الذى يجمع بين الفرع والأصل قد يعلم قطعاً بدليل قطعى لا يحتمل التاويل، وقد يعلم بالاستدلال فلا يوجب لها غلبة الظن ولا يرجع إلى القياس الخفى إلا بعد عدم الجلى، وهذا كله يتفاوت العلماء فى التحقيق بالمعرفة به تفاوتاً بعيداً وتتفرق أحوالهم أيضاً فى جودة الفهم لذلك وجودة الذهن فيه افتراقاً بعيد إذا

ليس العلم الذى هو الفقه فى الدين بكثرة الرواية والحفظ، وإنما هو نور يضعه الله حيث يشاء فمن اعتقد فى نفسه أنه ممن يصلح له الفتوى بما آتاه الله عز وجل من ذلك النور المركب على المحفوظ المعلوم جاز له إن استفتى أن يفتى، وإذا اعتقد الناس فيه ذلك جاز أن يفتى قال القاضى: ليس للرجل أن يفتى حتى يرى نفسه أهلاً لذلك ويراه الناس أهلاً له على ما حكى مالك عن ابن هرمز أشار بذلك على من استشاره السلطان فاستشاره فى ذلك، وقد أفتى ما ذكرته على ما سألت عنه من بيان صفات المفتى التى ينبغى أن يكون عليها فى هذا العصر أنه لا تختلف صفات المفتى التى يلزم أن يكون عليها باختلاف الأعصر، واما السؤال عن بيان ما يلزم فى مذهب مالك لمن أراد فى هذا الوقت أن يكون مفتياً على مذهب مالك فإنه سؤال فاسد إذ ليس أحد بالخيار فى أن يفتى على مذهب مالك ولا على مذهب غيره من العلماء بل يلزمه ذلك إذا قام عنده الدليل على صحته، والسؤال عن الحكم فى أمر القاضى إذ كان ملتزماً للمذهب المالكي، وليس فى قطره من نال درجة الفتوى ولا هو فى نفسه أهل لذلك قد مضى القول فيه فيما وصفته من حال الطائفة التى عرفت صحة مذهب مالك، ولم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول لأنه لا يكون للمذهب المالكي إلا بما بأن له من صحة أصوله فسبيل هذا القاضى فيما يمر به من «نوازل الأحكام» التى لا نص عنده فيها من قول مالك أو قول بعض أصحابه الذى قد بانت له صحته أن لا يقضى فيها إلا بفتوى من يسوغ له الاجتهاد ويعرف وجه القياس إن وجده فى بلده وإلا طلبه فى غير بلده فإن قضى فيه برأيه ولا رأى له أو برأى من لا رأى له كان موقوفاً على النظر ويأمر

الإمام القاضى إذا لم يكن من أهل الاجتهاد ولا كان فى بلده من يسوغ له الاجتهاد أن لا يقضى فيما سبيله الاجتهاد إلا بعد مشورة من يسوغ له الاجتهاد.

وسئل أيضاً هل يجوز أن يستفتى من قرأ الكتب المستعملة مثل «المدونة» و«العتبية» دون رواية والكتب المتأخرة يوجد فيها رواية أم لا؟ فقال: من قرأ الكتب التى ذكرت وتفقه فيها على الشيوخ وفهم معانيها وعرف الأصول التى بنيت عليها مسائلها من الكتاب والسنة والإجماع وأحكم وجه النظر والقياس ولم يخف عليه ناسخ القرآن من منسوخه ولا سقيم السنة من صحيحها إذا نظر فيها وكان معه من اللسان ما يفهم به معنى الخطاب جاز له أن يستفتى فيما يترل من النوازل التى لا نص فيها فيفتى فيها باجتهاده، ومن لم يلحق بهذه الدرجة فلا يصح له أن يستفتى فى المجتهدات التى لا نص فيها، ولا يجوز له أن يفتى برأيه فى شىء منها إلا أن يخبر برواية من عالم فيقلد فيما يخبر به من صحة نقلها عنه، وإن لم يتفقه فيما قرأ فلا يجوز له ان يستفتى،ولا يحل له أن يفتى، قال رسول الله ﷺ: «**إن الله لا يقبض العلم انتزاعاً ولكن يقبضه بقبض العلماء حتى لا يبقى عالم، فإذا كان ذلك اتخذ الناس رؤساً جهالاً فأفتوا بغير علم فضلوا وأضلوا**»[1] وقد أدركنا هذا الزمان،والله الموفق.

---

(1) أخرجه الإمام أحمد فى «المسند».

فصل

والشهادات أقسام:

الأول: شهادة الرجلين العدلين، وهى جائزة فى كل شىء على الإطلاق إلا الزنا،

والثانى: شهادة الرجل والمرأتين وهى جائزة فى الأموال وما يؤول إليها كالأجل والخيار والشفعة والإجارة، وقتل الخطأ وما يتنزل منزلته، وجراح المال مطلقاً، وفسخ العقود، ونجوم الكتابة، وإن عتق بها، وكذلك الوكالة بالمال والوصية على المشهور.

والثالث: شهادة الشاهد الواحد العدل مع اليمين وهى جائزة فى الأموال والكفالةوالخلطة، وفى القصاص فى جراح العمد قولان، وكذلك فى جوازها فى الوكالة ونكاح امرأة قد أبانت والتجريح والتعديل قولان، ولا يجوز فى النكاح والطلاق والعتق والولاء والأحباس والوصايا لغير المعين وهلال رمضان وذى الحجة والقذف والموت والإيصاء ونقل الشهادة وترشيد السفيه باتفاق، وفى كتاب «الاستغناء»، قال المشاور: وليس القضاء عندنا باليمين مع الشاهد إلا فى الرجل يقوم بوثيقة قد مات شهوده إلا رجل واحد فيحلف القائم معه ويقضى له بحقه.

الرابع: شهادة المرأتين وهى جائزة فى الأموال خاصة.

الخامس: شهادتهما منفردتين فيما لا يطلع عليه الرجال كالولادة وعيوب النساء والاستهلال والحيض.

السادس: شهادة الصبيان وهى جائزة من المميز منهم فيما يقع بينهم فى الدماء خاصة بإجماع أهل المدينة بخلاف النساء فى المآتم فلا يقبلن فى ذلك على الصحيح ويشترط فيهم أن يكون اثنان فصاعدا متفقين فى الشهادة قبل تفرقهم أو أن يدخل بينهم كبير، وفى قبولها فى القتل قولان.

السابع: شهادة الرفقة بعضهم على بعض فى التوسم وهى جائزة للضرورة إذا عرض لهم خصام كانوا من بلد واحد أو من بلدين ولا تجريح للخصم فيهم عند ابن الماجشون، ولا تجوز فى الحدود والغصب وإن استراب القاضى منهم أحداً بقطع يد أو جلد ظهر فله طرح شهادته، وتجوز شهادة المسلوبين على السالبين، فإن شهادتهم تؤخذ عليهم فى قطع السبيل باتفاق، وفيما ادعوه لأنفسهم من المال فى قول ابن القاسم بعضهم لبعض إذا قل، قال ابن القاسم: إذا شهدوا لهم ولغيرهم بالمال جازت لغير الشاهد وردت فى ماله إن كان كثيراً، وقال ابن حبيب ومطرف: هى جائزة عليهم من العدول فى قطع السبيل وفى المال لهم ولأصحابهم، ولا يؤخذ بعض شهادتهم دون بعض، قال ابن رشد: وإنما جازت شهادة المجهولين الحال لضرورة السفر ورعياً للخلاف إذ من أهل العلم من يحمل الشاهد على العدالة حتى تعرف جرحته، ومن أصحابنا المتأخرين من أجاز شهادة المجهول الحال فى الشىء اليسير من المال وهو استحسان على غير قياس.

الثامن: شهادة السماع، قال بعضهم: ما اتسع أحد فى شهادة السماع اتساع المالكية فتجوز عندهم فى الأحباس والملك المتقادم والولاء والنسب والموت والولاية والعزل والعدالة والتجريح، ومنع سحنون ذلك فيهما، قال علماؤنا: وذلك إذا لم يدرك زمن المجرح والمعدل، فإن أدرك فلابد من العلم وتجوز أيضاً

فى الإسلام والكفر والحمل والولادة والترشيد والتسفيه والصدقة والهبة والبيع فى حال التقادم، والرضاع والنكاح والطلاق والضرر والوصيةوالحرابة والإباق، ولا تجوز إلا فيما طال زمانه، قال ابن حبيب: والطول الخمسة عشر عاماً، حكم ذلك عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ فى الأحباس وغيرها، ولا تجوز إلا من العدول على العدول، ولا تكون عن غيرهم، وتجوز فيها شهادة عدلين فيه وبه الحكم، وقال ابن الماجشون: أقل مايجوز فى ذلك أربعة شهداء ولا تكون من أقوام بأعيانهم، وإنما تكون بأنهم لم يزالوا يسمعون أن هذه الدار صدقة أو أن فلاناً مولى فلان قد تواطأ ذلك عندهم وكثر وفشا حتى لا يدرون ولا يحيطون ممن سمعوا ذلك من كثرة ما سمعوا به الناس من أهل العدل وغيرهم، هذه كيفية شهادته، ولا تجوز إلا فيما تقادم ولا يستخرج بها من يد حائز.

التاسع: شهادة الزنا ولابد فيها من أربعة رجال عدول يجتمعون على الشهادة لا يفترقون، وفى قبول اثنين على الإقرار به قولان.

العاشر: الشهادة على الخط، والصحيح من مذهب مالك أن الشهادة على المقر جائزة فى الأموال والطلاق والعتاق وغيره كإقراره، وقيل: لا يجوز إلا فى المال خاصة، وهو قول ابن الماجشون، وأما الشهادة على خط الشاهد الميت أو الغائب فلا تجوز إلا فيما كان مالا من الأموال، ولا تجوز فى طلاق ولا عتاق وحيث لا تجوز اليمين مع الشاهد ولا شهادة النساء فثم لا تجوز الشهادة على خط الشاهد هذا هو المعمول به، وقيل: إن الشهادة على خط الشاهد جائزة فىكل شىء كالشهادة على خط المقر، قال ابن زرب: وكان العمل عندنا أنها لا تجوز إلا فى الأحباس المعقبة وهى جائزة فى مذهب مالك فى جميع الأشياء،

قال ابن حارث: وقد شهدت محمد بن عيسى قاضى الجماعة بقرطبة يحكم بإجازة الشهادة على خطوط الشهود فى صدقات النساء، قال ابن رشد: وقد حكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ أن الشهادة على الخط لا تقبل فى طلاق ولا عتاق ولا حد من الحدود فكان يمضى لنا عند من أدركنا من الشيوخ أن ذلك هو مذهب مالك لا خلاف فيه،وإن معنى قوله فى الشهادة على خط يد المقر بالطلاق نفعها أن ذلك شبهة توجب لها اليمين على الزوج، والذى أقول به أنه معنى ما حكاه ابن حبيب إنما هو فى الشهادة على خط الشاهد فى طلاق أو عتاق، وأما على خط الرجل أنه طلق أو أعتق فهى جائزة لإقراره بالمال، وذلك بين من قول مالك، فالصواب أن يحمل قول مالك نفعها على ظاهره من الحكم لها عليه بالطلاق إذا شهد على خطه به شاهدان عدلان، وذلك إذا كان الخط بإقراره أنه طلق أو يكتب هوبه على هذا الوجه وقدر الغيبة التى تجوز فيها الشهادة على خط الشاهد الغائب مسافة القصر، وقيل: مثل مكة من العراق

ويكتب فى ذلك: عقد نظر شهوده إلى شهادة فلان الواقعة بكذا وأمعنوا النظر فيها وفى إشكال حروفها فتحققوا أنها شهادته المعهودة منه مفيدة بخطه، ويعلمون أنه كان حين إيقاعها فيه من أهل العدالة وقبول الشهادة و لم ينتقل عن ذلك إلى أن مات وإن كان غائباً فتقول: حتى الآن وأنه غائب الآن بموضع كذا،وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا. فإن لم يعرف أنه كان يعرف المشهود عليه ففى جوازها قولان. وأما الشاهد فى الوثيقة يعرف خطه ولا يذكر الشهادة، فقال مالك: إذا لم يكن محو ولا ريبة فليشهد، قال مطرف: ثم رجع،

فقال: لا يشهد حتى يذكر بعضها، والأول أصوب إذ لابد للناس من ذلك فعلى الأول. يؤديها ولا يقول للحاكم حاله، وإن قالها فلا يقبلها، وعلى الثانى قال مالك: يؤديها، ويقول: حاله.

الحادى عشر: الشهادة على الشهادة وهى جائزة فى كل شيء من الأموال المالية وغيرها، ومن شرطها أن يشهد الشاهد علىشهادته، فإن رآه يؤديها فكذلك، وقيل: لا حتى يشهده عليها ويشهد على كل شاهد اثنان من غير شهود الأصل، ويكتفى بشهادتهما عن الآخر، وقال عبد الملك: لابد من شاهدين آخرين سواهما، وفى الزنا أربعة على كل واحد من الأربعة، وروى مطرف: لابد من ستة عشر ولا تسمع إلا بموت الأصل أو مرضه أو غيبته بمكان لا يلزم الأداء منه إلا المرأة فإنه ينقل عنها وإن كانت حاضرة،وإذا بطل الأصل بجرحة من عداوة وغيرها بطل الفرع، وكذلك إن كذب الأصل الفرع قبل الحكم بطلت الشهادة وبعده يمضى على قول ابن القاسم ولا غرم، وقال ابن حبيب: ينقض،وقيل: يمضى وغرم الأصل، وفى «المنتخب»: سئل أصبغ عمن شهد على شهادة أبيه وأبوه عدل مرضى، فقال: لا تجوز شهادة الابن على شهادة أبيه ولا شهادة الأب على شهادة الابن، وكل من لا يجوز لك تعديله لا يجوز لك أن تشهد على شهادته وإن كان عدلا، قال محمد: وفى الذى قاله أصبغ تنازع. والعدالة شرط فى الشهادة عند كافة العلماء وهو حق لله تعالى على الحاكم أن لا يحكم حتى يحققها، وقال أبو حنيفة -رضى الله تعالى عنه- يكفى فى قبول الشهادة الإسلام وعدم الجرحة الظاهرة، فإن طلب الخصم العدالة فحص عنها إذ هى حق له وإلا فلا؛ وهى المحافظة على اجتناب الكبائر

وتوقى الصغائر، وحسن المعاملة، والتحرز فى المخالطة، ولا يعذر بجهل ولا تأويل كالقدرى، ولا يشترط انتفاء العصية فإنه متعذر، والمطلوب فى العدالة أعلاها إن قدر، وإلا قبل ما دون ذلك توسعة. وعدل كل بلد أماثله وإن كانوا فى النسبة لغيرهم أنقص مراتب وأحوالا، ويعتمد الحاكم على علمه فيها، وفى التجريح باتفاق، وعلى قول الواحد العدل فى السر، وقيل: لابد من اثنين، وأما فى العلانية فلابد من اثنين ولا يقبل فيها إلا العارف الفطن، فليس كل من تجوز شهادته تجوز تزكيته.

ويكتب فى ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمونه من أهل العدالة وقبول الشهادة متصل الحال على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا. ولابد أن يقول فى التعديل: من أهل العدالة والرضا وإلا لم يقبل، وقال ابن الحاج فى «مسائله»: إذا قال المعدل فى تعديل الشاهد لا بأس به أو لا بأس بحاله فينبغى أن تكون تزكية، وكذلك إن قال: نعم الرجل أو لا أعلم منه إلا خيراً فهى تزكية، وإذا أقر الخصم بعدالة الشاهد حكم عليه خاصة بشهادته، فإن رضى الحكم بشهادة المسخوط أو الكافر لم يحكم عليه به لأنه حق لله تعالى، ذكره ابن أبى زيد فى «النوادر»، ولا يكون التعديل إلا على العين إلا أن يكون المعدل مشهور العين لا يشتبه بغيره فى صفته واسمه فلا بأس بتعديله غائباً، ويعدل الشاهدان الجماعة لأنهما يجتمعان على كل واحد من المعدلين كالشهادة على الشهادة، وكذلك التجريح، ولا يجوز التعديل على التعديل إلا فى الغرباء وإذا عدل الشاهد عند القاضى ثم شهد عنده مرة أخرى لم يجز بالتعديل الول إلا أن يكون ذلك على قرب، ولابد من تعديله مرة ثانية حتى يكثر عنده تعديله،

فإذا كثر ذلك لم يسأل عنه معدلا، وإذا لم يعرف القاضى الشهود فصرفهم إلى غيره لعله يعرفهم فقد أصاب، قاله ابن كنانة. وتمنع وترد شهادة الشاهد وإن كان عدلاً أشياء.

فمنها: التغفل، قال ابن عبد الحكم قد يكون الحبر الفاضل ضعيفاً عقله فلا تقبل شهادته، وقيل: إلا فيما لا يكاد أن يلبس عليه فيه فيجوز.

والثانى: القرابة القريبة وهى الأبوة والأمومة وإن علت، والبنوة من ذكر أو أنثى وإن سفلت، وكل واحد من الزوجين للآخر وفى شهادة الرجل لزوج ابنته أو زوجة ابنه ثلاثة أقوال: الجواز مطلقاً، والمنع مطلقاً والثالث: أنه إن كان مبرزاً جاز وإلا فلا،وكذلك فى الولد لا حد أبويه على الآخر، وشهادة الأب لأحد ولديه على الآخر إذا لم يظهر ميل قولان، وأما شهادة الأخ لأخيه فجائزة إلا فى النسب ودفع المعرة، وقيل: إن كان مبرزاً وأجاز ابن القاسم تعديله، ومنعه أشهب، قال ابن عبد البر: ومنع أصبغ بن الفرج من شهادة الأب مع ابنه والابن مع أبيه، وقال: هى شهادة واحدة لأنهما إذا شهدا جميعاً فكان أحدهما قد زكى الآخر وشهد بعضهما لبعض فصارت واحدة وكررها ابن لبابة،وقال: لا تنفع إلا مع غيرها، وبذلك قال ابن رشد، واجازها سحنون، وقال ابن مطرف وابن الماجشون: شهادتهما جائزة، ولا يتهم أحدهما أن يريد إنما شهادة الآخر، وبهذا القول جرى العمل، وفى شهادة الصديق الملاطف وهو الذى يناله رفدة ونفعه قولان:

أحدهما: أنه لا تجوز شهادته مطلقاً، والثانى: أنه كالأخ وحكمه حكمه وفى شهادة الذى ينفق عليه فلا يجوز شهادته فى شىء من الأشياء.

الثالث: أن يجير بها لنفسه كشهادة الرجل على موروثه أنه قتل عمداً أو زنى وهو محصن أو على من جرحه وكالوصى يشهد بدين للميت، والذى يشهد بوصية له ولغيره، والثانى: لا تقبل، والثالث: تقبل لغيره لا لنفسه، وأما شهادة كل واحد منهما من صاحبه، وكذلك شهادة صاحب الدين لغريمه المعسر لا تجوز لأنه يجير بها لنفسه نفعاً، ولا تجوز أيضاً شهادة الغريم له لأنه يتهم أن ذلك لأن يذكره،

الرابع: التهمة فمن ذلك شهادة البدوى على الحضرى، ومحملها عند مالك على الشهادة على الإشهاد فى الحضر لأنه تهمة أن يدع أهل الحاضرة ويشهد أهل البادية، فإن سكن الحضر عندهم جازت شهادتهم عليه، وكذلك إن شهدوا على شىء رأوه أو سمعوه فى السفر شهادتهم جائزة. ومن ذلك: شهادة السؤال فى الكثير لا تجوز شهادتهم فيه، فإن كان يسيراً جازت، وكذلك إن كانوا سؤالاً للإمام أو فقراء فشهادتهم جائزة، وقيل: لا تجوز فى الكثير، ولا تجوز شهادة الوصى لمن يلى عليه وفى جوازها عليه قولان أشهرهما: الجواز ولا تجوز شهادة ولد الزنا فى الزنا باتفاق، وكذلك من حد فى شىء لا تجوز شهادته فيه على المشهور، وقال ابن كنانة: تقبل، وإذا ردت شهادة الشاهد لصغر أو فسق أو كفر لم تقبل فيه بعد، وإذا أتى بالشهادة قبل أن يسئلها، فإن كانت فى حق آدمى محض كالديون وشبهها لم تقبل، وإن كانت فى حق الله تعالى قبلت، ويجب عليه القيام بها فيما كان من ذلك يستدام فيه التحريم كالطلاق والعتاق

والخلع والرضا والوقف والعفو عن القصاص، وإن كان لا يستدام فيه التحريم كالزنا وشرب الخمر فلا يجب إلا فى التجريح إن شهد على أحد، وإذا استخفى الشاهد لتحمل الشهادة ففي ذلك قولان أحدهما: أن شهادته جائزة وهو المشهور، والثانى: أنها لا تقبل، وكذلك شهادة الفقيه فيما استفق فيه اختلف فيه قول ابن القاسم فقال فى «رواية يحيى»: يشهد بما سمع، وقال فى «رواية عيسى»: لا يشهد وبه العمل، وكذلك لا تجوز شهادة خصم وإن كان يخصم فى حق غيره وقيل: تجوز إن كان يخصم عن غيره فى اليسير، فإن كان يخصم فى حق الله تعالى فقولان.

والشهداء قسمان: مبرز وغير مبرز، فأماالمبرز فهو التام العدالة العارف بماتصح به الشهادة فهذا لا يسئل عن شهادته ولا يباح فيه التجريح إلا بالعداوة خاصة وغير المبرز من ليس كذلك، ويباح فيه التجريح بالعداوة وغيرها، ويسئل عن شهادته والعداوة المعتبرة فى التجريح هى التى تكون فى أمر دنيوى من مال أوجاه أو خصام، فإن لم تكن فى أمور الدنيا وكانت لله تعالى لأحوال قبيحة تكون فى المشهود عليه يبغضه عليها فلان يجرح الشاهد بها.

ويكتب فى ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً الشاهد بكذا ويعلمون بينه وبين فلان المشهود عليه فيه عداوة قديمة وشحناء ومقاطعة فى أسباب الدنياوعرضها منذ كذا وحالهما متصلة على ذلك ولا يعلمونهما اصطلحا ولا رجعا عن ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

بيان: المعتبر فى الخصومة أن تكون فى أمر جسيم يكون فى مثله الشحناء والعداوة، وأما الشىء اليسير الذى لا يسوغ مثله فى الصدور ولا يورث الشحناء كثمن الثوب ونحوه فإن شهادتهما تجوز وإن لم تنقطع الخصومة بينهما، قال سحنون: وإن شهد المشهود عليه على الشاهد وهو فى خصومته لم تجز، قال الشعبانى: ولا تجوز شهادة القراء بعضهم على بعض أنهم يتحاسدون وهم كالضرائر والحسود لا تقبل له شهادة على من يحسده، ويقبلون فيما عدا ذلك. قال ابن الحاج فى «مسائله»: لا تجوز شهادة الرجل على من بينه وبينه عداوة فى حرث الدنيا وحطامها وكذلك لا تجوز على من لا تجوز شهادة المشهود عليه له كابنته وزوجته وما أشبه ذلكن قال ابن القاسم: لا تجوز شهادة الرجل على ابن عدوه ولو كان مثل شريح، وقيل: تجوز فى المال إن لم يكن فى ولايته، وقيل: إن كان الأب ميتاً ويشهد بالتجريح بالعداوة من لا تجوز شهادته إلا بالتعديل وسواء، فإن اعترف المشهود عليه أنه لا معرفة له بالشاهد له ثم قام بجرحه بالعداوة لم يقبل، وله أن يجرحه بغير ذلك والوجوه التى يجرح بها كثيرة وهى الكبائر والبوائق.

ويكتب فى ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً الشاهد بكذا، ويعلمونه يشرب الخمر أو يكثر سماع الغناء أو يعمل بالربا أو من لا تجوز شهادته ولا ترضى أحواله لقبح مذهبه وسوء طريقته وحاله متصلة على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا ولا يشهد بالتجريح مجملاً إلا أهل المعرفة وإن لم يكونوا من أهل المعرفة فلابد من تفسير الجرحة كما تقدم، فإن شهد فيه بما يجب فيه الحد فإنه يجد إذا ثبت ذلك، قال ابن الحاج فى «مسائله» سئل مالك

رضى الله تعالى عنه- عن الذى يسأله القاضى عن حال الشهود فيخبر بما فيه الحد، فقال: إذا كان القاضى هو الذى سأله فليس على المخبر فيما يخبره عنه شيء، وفى «المؤلفة» لابن لبابة: من شرب خمراً ولم يحد عليها ثم تاب وحسنت حالته أن شهادته جائزة، ولا يجرح بما مضى من فعله، وقال غيره: وشهادة كل تائب من سرقة أو قتل أو حرابة جائزة فى كل شيء، قال بعضهم: ولا يكفى فى زوال الفسق بمجرد التوبة بل يرجع إلى قرائن الأحوال فى غلبة الظن بزوالها، وقد يظهر ذلك عن قرب وبعد الاختلاف حال الظان والمظنون، وقيل: لابد من مضى ستة، وقيل: ستة أشهر والعداوة، وإذا شهد قوم بالتجريح وشهد آخرون بالتعديل عمل بالتجريح، وشهادة المجرحين أتم لأنهم علموا من الباطن ما لم يعلمه المعدلون، وهو قول ابن نافع وسحنون وبه جرى العمل، وقيل: ينظر إلى أعدل البينتين والتكافؤ عند مالك -رضى الله تعالى عنه- فى البينة فى العدالة لا فى العدد فقد يكون الشاهدان عند أتم من مائة شاهد وإن كانوا عدولا، وقال غيره التكافؤ فى العدد وليس عليه عمل، وإذا زاد الشاهد فى شهادته أو نقص قبل منه إن كان مبرزاً وإلا فلا، وقيل: إن كان بعد الحكم لم يقبل، وإذا أنكر الشاهد الشهادة فقال للمشهود عليه: ليس عندى عليك شهادة إن قال: لا أشهد عليك بشيء فلا يضره ذلك، وله أن يشهد بعد ذلك، فإن كان قوله ذلك عند الحاكم لم يقبل بعد، والرجوع لا يكون إلا عند القاضى الذى شهد عنده، قال ابن الحاج فى «مسائله»: إن شهد عليه بالرجوع عند غير القاضى شاهدان فلا يضره ولا يعمل بذلك، قال: وفيها قول آخر إذا شهد عليه بالرجوع بطلت شهادته، قال بعضهم: وتحصيل القول فى ذلك أن الشاهد إذا رجع عن شهادته، وقد كان

شبه عليه، فإن كان قبل الحكم بشهادته قبل رجوعه وجازت شهادته فيما يستقبل، وإن كان بعد الحكم لم يرد الحكم، واختلف هل يضمن أم لا؟ وهل ترد شهادته فيما يستقبل أم لا؟ ويقبل قوله أنه شبه عليه إن كان مبرزاً باتفاق، وإن لم يكن مبرزاً اختلاف، وإذا لم يأت فى رجوعه بما يشبه وتبين أنه تعمد الكذب والزور أدب ولم تقبل شهادته فيما يستقبل كان ذلك قبل الحكم أو بعده، ولا يرد الحكم إن كان ذلك بعده، ويضمن ما تلف من المال وعليه القصاص فى الدماء، وقيل: الدية، وإذا شهد عند القاضى شهود بما يعلم خلافه فلا تبطل شهادتهم، وإن كانوا عدولا ولا يحكم بها لكن يدفعها إلى غيره ثم يشهد هذا القاضى عنده بما يعرف، وقيل: تنفذ شهادتهم بعد الانتظار ويستحب له أن يعلمهم بما عنده، وكذلك إن شهد عند من ليس بعدل فى شىء يعلم هو صحته فلا يحل له أن يجيز شهادة من ليس بعدل ويحكم بها. وتحمل الشهادة بحث يفتقر إليه فرض كفاية والأداء إن كانا اثنين فأقل فرض عين ولا تحل إحالته على اليمين، ويلزم الشاهد أن يأتى لأداء الشهادة إذا كان موضع الأداء على بريدين فأقل، ولا يجوز أن ينتفع منه على ذلك بشىء إلا أن يعطيه دابة يجئ عليها خاصة، وإن فعل فهى جرحه فيه وتبطل شهادته ولا يلزمه الأداء على أبعد من ذلك، فإن تطوع الشاهد بالمجىء للأداء من أبعد من ذلك فله أن يقوم له المشهود له بما يتكلفه من نفقة أو دابة، كان محتاجاً أو لم يحتج، ولا يضره ذلك فى شهادته، وقيل: لا يجوز ذلك وتبطل شهادته وتنقل شهادة الشاهد من حيث لا يلزمه الأداء، وقيل: لا تنقل الشهادة إلا أن يكون الشاهد على مسافة اليومين والثلاثة، وتنقل شهادة المريض مطلقاً، وكذلك المرأة فى القرب والبعد،

قال مطرف: ولم أر بالمدينة امرأة قط أدت ولكن ينقل عنها، قال ابن لبابة: وإذا قال الشاهد: أشهدتني فلانة ولم يقل أعرفها بالعين والاسم فهي شهادة تامة، وقوله: أشهدتني فلانة معرفة لا محالة، قال ابن زرب: وإذا كانت الوثيقة منعقدة على إشهاد المشهودين فلا يؤخذ الشهود بحفظ ما في الوثيقة وحسبهم أن يقولوا إن شهادتهم فيها حق، وإذا كانت مبنية على معرفة الشهود كعقود الاسترعاء فينبغي أن ينصوا شهادتهم بألسنتهم على ما في الوثيقة إذا كان الشهود ممن يخشى منهم، قال ابن رشد: وما أشهد عليه الشاهد من العقود في المبايعات والإلزامات فليس عليه أن يقرأها ولا يحفظ ما فيها، وحسبه أن يتصفح فصل الإشهاد، فيجوز له أن يؤدي شهادته على ما أشهد عليه وإن لم يعرف ما في الكتاب ولا عدد المال، قال: وكذلك من دفع إلى رجل حقاً أو باع منه شيئاً وأشهد به شاهدين عدلين وطلب الآخران يزيد فلا يلزمه أن يشهد له غيرهما إذا كانا مبرزين في العدالة يمكنه الإشهاد على شهادتهما، وفي كتاب «الاستغناء»: قال ابن حبيب عن ابن الماجشون فيمن أشهد في كتاب ذكر حق ثم ذكر أنه ضاع وسأل الشهود أن يشهدوا بما حملوا، فلا يشهدوا وإن كانوا حافظين لكل ما فيه خوفاً أن يكون قد اقتضى ومحي الكتاب، فإن جهلوا وشهدوا بذلك قضى به الإمام، قال مطرف: بل يشهدون بما حفظوا إن كان الطالب مأموناً وإن لم يكن ماموناً فقول ابن الماجشون أحب إلي.

فصل

والأيمان فى الحقوق كلها بالله الذى لا إله إلا هو لا يزيد على ذلك، وقيل يزاد فى أيمان القسامة عالم الغيب والشهادة، فإن قال: بالله أو والذى لا إله إلا هو، ففى ذلك قولان:

أحدهما: أنه يجزيه وهو الأشهر، وقال أشهب: لا يجزيه حتى يقول بالله الذى لا إله إلا هو، واما الذى فإنه لا يجوز فيما روى ابن حبيب عن مالك -رضى الله عنه- إلا أن يقول بالله الذى لا إله إلا هو كان نصرانياً أو غيره، وكذلك فى «المدونة» عن ابن القاسم، وهو الذى اقتصر عليه أبو محمد بن أبى زيد وتأول غيره عن ابن القاسم أن النصرانى يحلف بالله فقط لقوله فى «المدونة» ويحلف بالله لا يزيد على ذلك، وإنما أراد أنه يحلف كما يحلف غيره لا يزيد منزل التوراة وهذا هو الصحيح أن النصرانى وغيره يحلف بالله الذى لا إله إلا هو فى قول ابن القاسم وغيره، واليمين إن كانت على ما يعلم خلافه فهى الغموس، قال فى «المدونة»، فإن حلف على ما هو شاك فيه فتبين خلافه فهو غموس وإلا فقد سلم، قال بعضهم: والظاهر أن الظان كذلك، قال ابن رشد: واختلف هل هى على نية الحالف أو على نية المحلوف له، وإن كان متطوعاً فاليمين على نية الحالف، وهو قول ابن الماجشون وسحنون، وقيل: بعكس هذه التفرقة، وهو دليل ما فى «سماع عيسى» من «كتاب النذور»، ونص رواية يحيى عن ابن القاسم فى الأيمان بالطلاق، وقيل: إنما يفترق أن يكون مستحلفاً أو متطوعاً باليمين فيما يقضى به عليه، وأما فيما لا يقضى به عليه فلا يفترق، وذلك تكون النية فيه نية الحالف، وهو قول ابن القاسم فى أول سماع أصبغ بعد هذا، وقيل: إن ذلك لا

يفترق، وتكون النية فى الوجهين نية المحلوف له وهو قول أصبغ فى سماعه المذكور، هذا ما لم يقطع بيمينه حقاً لغيره، فإن اقتطع بيمينه حقاً لغيره فلا ينفعه فى ذلك نية إن نواها بإجماع وهو آثم عاص لله عز وجل تحت الوعيد، قال رسول الله ﷺ: «من اقتطع حق امرئ مسلم بيمينه حرم الله عليه الجنة وأوجب له النار»[1]، واختلف فى وجوب اليمين على المدعى عليه هل ذلك مع ثبوت الخلطة أو دونها؟ قال ابن الحاج فى «مسائله» وتعليق اليمين بالمطلوب مع الخلطة والتهمة أصل مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- والحكم بذلك فى «المدونة» معلوم، وهو قول عمر بن عبد العزيز، وقد جاء فى بعض طرق الحديث زيادة، فقال: واليمين على من أنكر إذا كانت بينهما خلطة، وذلك كله حجة لمالك، وقد رأى اليمين بمجرد الدعوى دون اعتبار خلطة جماعة من العلماء، وقاله بعض المالكين، وبه كان ابن لبابة يفتى، وبه أفتى من استفتانى إلا أنه قد يلوح للحاكم فى النازلة وجه الصواب مما يتضح عنده من دلالته وأحكامه وأسبابه وبراءة المطلوب لخيره وبعده عن المطلب الذى طلبه به مع عذر الشبهة والخلطة، فإذا كان كذلك عمل بحسبه فى إسقاط اليمين من غير هوى يكون له فيها أو حيف يعلمه الله منه فلا حرج عليه، وأما ما جرى به الحكم وقياس القضاء فعلى ما ذكرته.

وسئل ابن رشد فى يمين التهمة، فقال: أما يمين التهمة وهى الدعوى التى لا تحقق على المدعى عليه فقد اختلف فى لحوقها ابتداء، واختلف إذا لحقت على

---

(1) أخرجه مسلم فى «صحيحه» بلفظ: «من اقتطع مال امرئ مسلم بيمين كاذبة لقى الله وهو عليه غضبان...» الحديث.

القول بأنها تلحق هل ترجع أم لا، والأظهر فى القياس أن لا تجب اليمين إلا بتحقيق الدعوى لقوله عليه الصلاة والسلام: «**البينة على من ادعى واليمين على من أنكر**»[١]، وإيجابها استحسان والأظهر إذا وجبت على القول بأنها تجب أن يحق الحق على المدعى عليه بالنكول دون أن يرجع اليمين على المدعى إذ لا يكلف أن يحلف على ما لا يعرف، والذى أختاره فى هذا أن تلحق يمين التهمة إذا قويت، وتسقط إذا ضعفت، ولا ترجع إذا لحقت، وكل دعوى لا تثبت إلا بشاهدين فلا يمين بمجردها، ولا ترد كقتل العمد والطلاق والعتاق والنكاح والنسب والولاء وتغلظ الأيمان فيما له بال فتجب فى ربع دينار فأكثر فى المسجد الجامع قائماً مستقبل القبلة، وكذا العمل، وروى ابن القاسم: يحلف كيف تيسر، وليس عليه العمل، ويحلف على ما يدعيه الطالب لا على ما يدعيه المطلوب فى مذهب مالك وأصحابه، وقال ابن الماجشون: يحلف بالله مالك عندى شىء مما تدعيه ولا يكلف أكثر من ذلك، وبقول مالك مضى العمل، وإذا استحلف صاحب الحق غريمه وظهرت له بينة لم يعلم بها فله القيام بعد يمينه أنه لم يعلم بها ولا يضره استحلافه، وإن كان يعلمها فلا قيام له بها فى قول ابن القاسم إن كانت حاضرة أو قريبة، وقال غيره له القيام بها، قال ابن الحاج فى «مسائله»: وإذا وجبت اليمين فأراد الطالب تأخيرها والمطلوب تعجيلها أو العكس فتعجيلها واجب لمن طلب ذلك منهما، وفى «المنتخب» قال محمد: ومن وجبت له على رجل يمين ببعض ما جرى بينهما، فقال المدعى عليه: أجمع مطالبك إن كنت تزعم أن لك عندى غير هذا الذى تريد إحلافى عليه لا حلف

---

(١) فى «سنن الترمذى» بلفظ: «البينة على المدعى، واليمين على المدعى عليه».

فىجميع ذلك يميناً واحدة فهو قول المدعى عليه، بخلاف من وجبت له يمين على صاحبه بسبب ميراث، فليس ذلك له لأن الميراث لا يحاط بالحقوق فيه، وهو الذى تعلمناه من مشايخنا، وإذا وجبت يمينان من حكمين مختلفين فلا يجمع بينهما، ولابد فى ذلك من يمينين مفترقين مثل أن تكون اليمين قد وجبت على المدعى عليه، وتجب له أيضاً اليمين على المدعى فيردها فلا يجمعهما فى يمين واحدة، ذكره الباجى، وإذا نكل المدعى عليه عن اليمين، وذلك بأن يقول: لا أحلف أو يتمادى على الامتناع من اليمين صارت اليمين فى حيز المدعى فيحلف ويستحق حقه، فإن أبى عن اليمين سقط حقه وبرئ المطلوب، وينبغى أن يبين للناكل حكم النكول، فإن قال بعد أن تم نكوله أنا أحلف لم يقبل، وإنما تصير اليمين فى حيز الثانى، ولا يحلف إلا من أباه، ولا يسحنه، قال فى «المدونة» وفى «النوادر»: إن شح الابن حلف الأب وكان جرحة فى الابن وهو معنى رواية أصبغ فى «العتبية»، وقال ابن الماجشون يحلف وليس بعقوق، وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا ادعى أنه قضاه حقه، وقال له: احلف وأزن لك، فقال صاحب الحق: لا أحلف إلا أن يحضر الذهب هل يتعين إحضار الذهب وتكون اليمين على عينها أم لا فى ذلك نظر، وفى كتاب ابن سحنون: من قال لفلان على مائة دينار إن حلف إذا حلف أو حين يحلف أو مع يمينه أو بعد يمينه فيحلف فلان على ذلك ونكل المقر، وقال: ما ظننت أنه يحلف فلا يؤخذ المقر بذلك فى إجماعنا، ولمحمد بن عبد الحكم نحوه.

وسئل ابن عتاب عمن وجبت عليه اليمين فردها على طالبه فسكت الذى ردت عليه اليمين ومضى زمان ثم ذهب إلى أن يحلف فأبى الآخر، وقال: لا

أمكنك الآن من اليمين، فقال: يحلف الذى ردت عليه اليمين طال الزمان أو قصر وهو قول مالك وأصحابه، قال ابن سهل: يحلف الذى ردت عليه اليمين طال الزمان أو قصر وهو قول مالك وأصحابه، قال ابن سهل: والذى جاوب عليه هو الذى فى «سماع أصبغ» و «سماع عيسى» من ديات المختلطة وهو خلاف ما فى «كتاب ابن سحنون»، ومذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- أن النكول حجة مع الشاهد الواحد، فإذا نكل المدعى عليه عن اليمين وقام لصاحب الحق شاهد واحد حكم بذلك لأن الشاهد أقوى من اليمين خلافاً للشافعى -رضى الله تعالى عنه- فى ذلك واليمين من الشاهد معمول به عند مالك والشافعى وابن حنبل -رضى الله تعالى عنه- وقال أبو حنيفة -رضى الله تعالى عنه- ينقض الحكم إن وقع وهو بدعة، وليس كما قال، وبه قال الفقهاء السبعة وغيرهم.

ويكتب فى ذلك: عقد حلف فلان بإذن القاضى بموضع كذا فلان بحيث يجب وكما يجب يميناً قال فيها بالله الذى لا إله إلا هو لقد شهد لى فلان الشاهد فى الرسم فى كذا بالحق فيما شهد لى به فيه وإن شهادته لحق، وصدق، ومن حضر اليمين المنصوصة وتلقى الإذن فيها من القاضى واستوعبها من الحالف وعرفه وبحال صحة وجواز قيد على ذلك شهادته فى كذا.

بيان: اليمين فى هذا على وفق الشهادة، فإن كان شهد له بإقرار أو غيره فلا يلزمه أن يحلف أن ذلك الحق له قبله، وإنما يحلف أن الشهادة حق، وفى أحكام ابن بطال: لابد أن يحلف أن الحق الذى شهد له به حق له قبله، وأن الشاهد

شهد له بالحق، وفى «مسائل ابن الحاج»: من أقام شاهداً واحداً فأبى أن يحلف معه ثم وجد شاهداً آخر فاختلف فى ذلك على ثلاثة أقوال:

أحدهما: أنه إن وجد شاهد آخر أضيف له إلى الأول وأخذ حقه بغير يمين، والثانى: أنه يحلف مع الشاهد الثانى، وحينئذ يستحق حقه، والثالث: أنه لا شىء له أصلاً إذا مكن من حقه فلم يأخذه يحلف السفيه مع الشاهد إن قام له على حق كان فى ولاية أم لا بخلاف الصغير الذى لم يبلغ فلا يحلف، ويحلف المشهود عليه على نفى ذلك ثم يكون للصغير إذا بلغ أن يحلف مع شاهده ويأخذ حقه، وإذا كان الحق على غائب أو ميت فلابد من يمين القضاء، ولا يحكم له بالدين إلا بعد اليمين، فإن كان شرط التصديق فى الاقتضاء ففى ذلك اختلاف.

ويكتب فى ذلك: عقد حلف بإذن القاضى بموضع كذا فلان بحيث يجب وكما يجب يميناً، قال فيها: بالله الذى لا إله إلا هو ما قبضت من جملة العدد المسمى فى الرسم بكذا شيئاً قليلاً ولا كثيراً، ولا وهبت ولا أسقطت، ولا أحلت ولا استحلت ولا أخذت بذلك كفيلاً ولا رهنا ولا عرضا، ولا خرجت عن ذلك ولا عن شىء منه بوجه، وأن ذلك باق لى قبل غريمى فلان المذكور فيه، وفى ماله وذمته إلى أن مات، وفى تركته حتى الآن، ،من حضر اليمين المنصوصة واستوعبها من الحالف وعرفه وبحال صحة وجواز قيد على ذلك شهادته فى كذا.

بيان: وإن كان غائباً فتزيد ولا أخرت وإن كان الحق طعاماً فتسقط الإحالة والاستحالة لأن ذلك لا يجوز فى الطعام، وفى «النوادر»، قال ابن عبد الحكم: إذا

أتى وكيل الغائب يطلب ديناً لموكله، فيقول له المطلوب: قد قضيت لموكلك ومن حقي أنه يحلف ما قبض مني أنه ينظر، فإن كانت غيبة الموكل قريبة انتظر حتى يقدم أو يكتب إليه، وإن كان بعيد الغيبة فإن المطلوب يدفع الحق إلى الوكيل، ويقال للمقضي عليه: إذا اجتمعت مع صاحبك فاستحلفه فإذا وجده أحلفه إن كان حياً أو ورثته إن كان ميتاً، ويحلف الورثة على نفي العلم، وقال ابن كنانة في المصرى له حق قبل رجل من إفريقية فيدعى أنه دفع الحق لصاحبه ويسأل التأخير أنه يحكم عليه ويحلف الوكيل أنه ما يعلم أن موكله قبض منه شيئاً إلا أن يكون الموكل قريباً على مثل اليومين والثلاثة فإنه يكتب إليه ويحلف، وقال ابن القاسم: لا يحلف الوكيل، وقال ابن رشد في كتاب «البيان»: إذا قام وكيل الغائب يطلب الدين فيدعى الغريم الدفع فإنه لا ينفعه ذلك ويغرم إلا أن تكون له بينة، وفرق ابن عبد الحكم بين أن يكون بعيد الغيبة فيؤدى أو قريب الغيبة فلا يؤدى إلا أن يحلف، وهذا هو الصحيح، وقد قيل: إنه لا يقضى به حتى يكتب إلى الموكل فيحلف وإن كان بعيداً كيمين الاستحقاق، وقيل: إن الوكيل يحلف على نفي العلم، وحينئذ يقتضى فهى ثلاثة أقوال فى المسألة فإن ظهر أنه دفع فله الرجوع على الوكيل أو على صاحب الحق فإن غرم صاحب الحق فله الرجوع على الوكيل إلا أن يقيم البينة على الدفع، قال غيره: ولا ينبغي أن يكتب للطالب بالكتاب حتى يحلفه أنه ما اقتضى من الحق شيئاً وفى أقضية «المستخرجة» من «سماع عيسى»، وسئل عن الرجل يثبت حقاً عند القاضي على رجل غائب ويريد الخروج فى ذلك أو يوكل؟ فقال: يستحلف فى الوجهين جميعاً خرج أو وكل أنه ما قبض ولا أحال ولا صار له بوجه من

الوجوه ثم يكتب له بوكالة إن وكل ويثبت عنده، وقاله أصبغ عن ابن القاسم، وسئل ابن رشد عن ذلك، فقيل: له ما تقول فى الرجل يثبت حقاً له عند القاضي على رجل غائب ويريد الخروج فى ذلك؟ فقال: تصفحت السؤال ووقفت عليه وقد قيل: إن للحاكم أن يكتب له دون أن يستحلفه خرج أو وكل، وهو ظاهر ما فى «سماع عيسى» و «نوازل أصبغ» من كتاب البضائع والوكالات، فإن فعل ذلك الحاكم لم يخطأ وقد يتساهل فى ذلك للاختلاف الحاصل فى المسألة، وإن كان الذى يوجبه النظر ما لا يخفى إذا تدبرت ما تضمنته الروايات المذكورة، وقال فى كتاب «البيان» فى «نوازل أصبغ» ليس للإمام أن يستحلف الموكل يمين القضاء ويكتب له دون يمين خرج أو وكل، وهو خلاف ما فى «سماع عيسى» من الأقضية أنه يستحلف فى الوجهين جميعاً خرج أو وكل وبذلك جرى العمل، وقيل: يستحلف إذا وكل ولا يستحلف إذا خرج وهو أولى الأقوال وأعدلها، وسئل أيضاً فى يمين القضاء هل تعاد إذا تأخر القبض؟ فقال: ما الناس عليه من أن اليمين لا تعاد هو الصواب إذ لو أعيدت اليمين عند القضاء لاحتمال الذى ذكرت من أن يكون حقه قد وصل إليه فى خلال تلك المدة لوجب أن تعاد إليه أيضاً كلما حلف وكلما جاء ليقبض حقه لاحتمال أن يكون حقه قد وصل إليه مع من بعث إليه به معه فى طريقه من المسجد الجامع إلى دار القاضى إلا ما لا نهاية له، وذلك ما لا خفاء فى بطلانه، واليمين الأولى التى استحلف بها لا نص على وجوبها إلا أن أهل العلم رأوا ذلك على سبيل الاستحسان نظراً للغائب وحياطة عليه وحفظاً على ماله للشك فى بقاء الدين عليه أو سقوطه عنه، فإذا حلف مرة وتأخر القضاء لم يصح أن يحلف

الوجوه ثم يكتب له بوكالة إن وكل ويثبت عنده، وقاله أصبغ عن ابن القاسم، وسئل ابن رشد عن ذلك، فقيل: له ما تقول فى الرجل يثبت حقاً له عند القاضي على رجل غائب ويريد الخروج فى ذلك؟ فقال: تصفحت السؤال ووقفت عليه وقد قيل: إن للحاكم أن يكتب له دون أن يستحلفه خرج أو وكل، وهو ظاهر ما فى «سماع عيسى» و «نوازل أصبغ» من كتاب البضائع والوكالات، فإن فعل ذلك الحاكم لم يخطأ وقد يتساهل فى ذلك للاختلاف الحاصل فى المسألة، وإن كان الذى يوجبه النظر ما لا يخفى إذا تدبرت ما تضمنته الروايات المذكورة، وقال فى كتاب «البيان» فى «نوازل أصبغ» ليس للإمام أن يستحلف الموكل يمين القضاء ويكتب له دون يمين خرج أو وكل، وهو خلاف ما فى «سماع عيسى» من الأقضية أنه يستحلف فى الوجهين جميعاً خرج أو وكل وبذلك جرى العمل، وقيل: يستحلف إذا وكل ولا يستحلف إذا خرج وهو أولى الأقوال وأعدلها، وسئل أيضاً فى يمين القضاء هل تعاد إذا تأخر القبض؟ فقال: ما الناس عليه من أن اليمين لا تعاد هو الصواب إذ لو أعيدت اليمين عند القضاء لاحتمال الذى ذكرت من أن يكون حقه قد وصل إليه فى خلال تلك المدة لوجب أن تعاد إليه أيضاً كلما حلف وكلما جاء ليقبض حقه لاحتمال أن يكون حقه قد وصل إليه مع من بعث إليه به معه فى طريقه من المسجد الجامع إلى دار القاضى إلا ما لا نهاية له، وذلك ما لا خفاء فى بطلانه، واليمين الأولى التى استحلف بها لا نص على وجوبها إلا أن أهل العلم رأوا ذلك على سبيل الاستحسان نظراً للغائب وحياطة عليه وحفظاً على ماله للشك فى بقاء الدين عليه أو سقوطه عنه، فإذا حلف مرة وتأخر القضاء لم يصح أن يحلف

سهل» لابن عتاب فى مولى عليها توفى زوجها وأرادت أخذ كالئها أنه يقضى لها به وترجى يمين القضاء عليها إلى خروجها من الولاية، فإن نكلت حينئذ عنها ردته وفيه إحلاف الأب يمين القضاء على كالئ بنته، وفيه أنه دفع دية عن يميت ولم يحلف القابض أن الدافع يضمن، وأما اشتراط سقوط هذه اليمين، فقال بعضهم: ذلك جائز فى البيع وما جانسه بخلاف القرض فإنه لا يجوز فيه لأنه سلف جرنفعاً، قال: وإنما ينبغي أن يكتب فى القرض علىالطوع، وقال محمد بن عمران: كان ذلك بالطوع بعد السلف فلا يجوز لأنه هدية المديان ولا يجوز أيضاً بعد عقد البيع بالدين إلى أجل، قال غيره: والمنفعة فى ذلك ظاهرة، قال بعضهم: ولا ينتفع باشترط إسقاط هذه اليمين إلا العدل المبرز، فإن مات صاحب الحق فلا يرث ذلك عنه ورثته كان ذلك بطوع أو بشرط ولا يسقط عن الورثة اليمين لأن للذى عليه الحق أن يقول وثقت بدين الميت وعلمت صدقه، وكذلك إذا عقد فى الوثيقة بعد إن عرف باختلاف أهل العلم فى وجوب اليمين وسقوطها فأخذ بقول من يقول بسقوطها فليس له وجه ولا ينتفع به، قاله ابن العطار لأن ذلك إنما هو للحاكم، وليس لأحد المتحاكمين أن يرضى ويحكم على نفسه باختلاف فكتب ذلك باطل، وفى «مسائل ابن رشد» فى رجل صرف من آخر دنانير بدراهم ثم زعم أنه نقصه منها درهما، فقال: اليمين تتعين فى ذلك فى المسجد الجامع لأن الأمر فى ذلك يؤول إلى فسخ الصرف، قال: وكذلك الذى يقوم على آخر بعيب قيمته أقل من ربع دينار والسلعة تسوى أكثر فإن كانت السلعة قائمة تحالفاً فى الجامع، وإن كانت فائتة فلا تجب اليمين فى الجامع، قال: وقد وقع فى «سماع أبى زيد» ما ظاهره خلاف

ما ذكرناه، والصواب أن يتأول على ذلك، قال: وأما الذى اشترى سلعة بأكثر من ربع دينار، وقال: لم يبقى على من ثمنها شيء، وقال صاحبها بقى عندك أقل من ربع دينار، فإنما يحلف هذا حيث تيسر ولا يلزمه الجامع.

الضمان بالمال والوجه والحكم فيهما، والرهن والتفليس، وسجن الغريم

الضمان شغل ذمة أخرى بالمال وشرط الضامن أن يكون أهلا للتبرع إذ هو معرفة فيكون من الزوجة فى الثلث من مالها ومن المريض فى ثلث متخلفه ولا يشترط رضا المضمون إذ يجوز أن يؤدى عنه بغير إذنه والقول قوله فى أن ذلك ليرجع به عليه.

ويكتب فى ذلك: عقد ضمن فلان عن فلان أداء كذا وكذا ديناراً من الذهب وجبت عليه لفلان ضماناً صحيحاً فى ماله وذمته لانقضاء أجل كذا، وبإذن المضمون عنه فى ذلك، وبمحضر المضمون له وموافقته، وشهد على الثلاثة بما فيه عنهم كذا.

بيان: إذا وقع الضمان هكذا وانقضى الأجل، فقيل: له أن يأخذ حقه ممن شاء منهما، وقيل: لا يطلب الضامن إلا عند غيبة المضمون أو فلسه وهو فى المدونة إلا أن يشترط أن يأخذ بحقه من شاء منهما، وهل الغريم محمول على الملأ أم لا؟ فى ذلك قولان، فإن اشترط أن يأخذ بحقه من شاء فله ذلك.

ويكتب فيه ما نصه: ضماناً صحيحاً فى ماله وذمته لانقضاء أجل كذا، ويحكم ضمان الخيار فى كل الأحوال، وشرط المضمون أن يكون ديناً يتعلق استيفاؤه من الضامن فلا يصح ضمان مبيع معين ولا ضمان الكتابة والجعل قبل العمل،ويصح ضمان ما يثبت عليه من دين وإن لم يعلم قدره، وتسقط الحمالة فى المعاملة الفاسدة إذا علم المتحمل له بفسادها، فإن لم يعلم المتحمل له بفسادها فيلزم الحميل الحمالة بالقيمة، وقيل: يلزم الحميل الحمالة علم أو لم يعلم، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم، وقيل: هى لازمة على كل حال وهو قول أهل العراق، قال ابن رشد: ولو كانت الحمالة بعد عقد البيع الفاسد فهى ساقطة قولاً واحدا، وفى «مسائل ابن الحاج»، قال: من ضمن عن مولى عليه مالاً ففيه اختلاف، فقيل: يلزمه، وقيل: لا يلزمه، ولا يجوز ضمان بجعل يأخذه الضامن ولذلك امتنع أن يضمن أحدهما على أن يضمنه الآخر إلا إذا اشتريا سلعة علىالسواء فخفف أن يضمن كل واحد الآخر للتساوى ولا يجوز إن كان ما قبل أحدهما أكثر من الآخر، وإذا أبرأ صاحب الحق غريمه المضمون عنه أو أخره بحقه برئ الضامن وتأخر الطلب عنه بخلاف العكس فإن تأخير الضامن ليس بتأخير المضمون ولا إبراؤه إبراء مله، فإن صالح الضامن صاحب الحق عن الدين بشىء رجع بالأقل من الدين أو قيمة المصالح به، ويرجع الضامن على المضمون بما أدى عنه إذا ثبت أداؤه ببينة أو بإقرار المضمون له، فإن أقر بذلك المضمون ولم يثبت دفعه بأحد الوجهين المذكورين فلا يفيد إقراره، واختلف إذا قال الرجل: أنا كفيل لفلان بألف درهم له على فلان على ثلاثة أقوال:

أحدهما: أنه يلزمه غرمها بالكفالة وإن أنكر المطلوب أن يكون عليه شيء، وهو قول ابن القاسم فى «سماع يحيى»، ومثله فى «كتاب ابن سحنون»، والثانى: أنه لا يلزمه غرمها إن كان منكراً وهو قول مالك فى رواية أشهب عنه، والثالث: أنه يلزمه غرمها وإن أنكرها إذا كان معدماً، وهو ظاهر قول ابن القاسم فى أول رسم من سماعه من كتاب الشهادات، وإذا غرم على القول به فلا يرجع على الذى ضمن عنه إلا ببينة على الحق وإلا فلا، وإن مات المضمون فلا يطالب الضامن قبل أجل الضمان ويأخذ ذلك صاحب الحق من تركة المضمون، فإن مات الضامن، فقيل: لصاحب الحق أن يأخذ ذلك من تركته، وقيل: يوقف بقدره إلى الأجل من تركته وللضامن أن يطالب المضمون بتخليصه عند انقضاء أجل الضامن، وإذا ضمن المؤجل حالاً فهو جائز، وإذا قال أنا ضامن أو حميل أو كفيل أو زعيم لزمه بذلك ضمان المال، فإن قال أردت الوجه فقولان، قال عبد الحق: والصواب عندى أن ذلك على المال إلا أن يحضر الغريم معدماً فينبغى أن يكون القول قول الحميل، وفى بعض الكتب: سئل بعضهم عن أتى رجل إلى رجل، فقال له: أعطنى ذهباً عن سلعة إلى أجل، فقال: لا أعرفك، فقال له رجل آخر: هو ثقة أيجوز إن فلس أو غاب أو مات أن يأخذ بذلك القائل؟ فقال: لا يجوز ذلك حتى يقول: فى ضمانى أو أنا ضامن سلعتك، وفى «مسائل ابن الحاج»: كان أبو شاكر يفتى فى الرجل يقف فى سوق الدواب أو سوق البقر، ويقول على رجل يريد ابتياع دابة: عاملوه فإنه ثقة: أن ذلك كالضمان ويلزمه.

وسئل أبو إبراهيم عن رجلين تبايعا سلعة فأراد المشتري أن يستوثق من البائع فقال رجل أنا أعرفه وهو ثقة ثم إن المشترى أراد الرجوع على البائع بعيب وجده فى المبيع فهل يؤخذ فيه هذا القائل أنا أعرفه؟

فقال: يحلف هذا القائل أنه ما أراد بقوله ثقة ضماناً ويبرأ مما قال -إن شاء الله تعالى- قال القاضى: وأفتى أبو شاكر حامد بن ناهض فى المسألة بما ذكر فيها، وأنه إذا قال: اشتر منه فإنه ثقة فخرج الثوب مسر وقاوما أشبه ذلك أنه ضامن فتدبره، وقال: إذا ادعى رجل على آخر أنه تحمل له بدين على الآخر وأنكر المدعى عليه، فإن كان ادعى أنه تحمل ذلك فى أصل الصفقة فله أن يحلفه وإن لم يدع أنه تحمل ذلك فى أصل الصفقة فإنه من باب دعوى المعروف وفيه اختلاف، ورأيت لبعض الشيوخ أن اليمين لا تتعلق إلا أن يثبت أصل الدين أو بقربه الحميل، وفى «مسائل ابن الحاج» المذكورة: قال بعض شيوخنا: وإذا باعه بثمن مؤجل على أن يعطيه حميلاً فلم يجد حميلاً أن المشترى يسجن له إلى الأجل إلا أن يأتى له بحميل قال: وهو بخلاف ما إذا باعه على رهن فلم يجد رهناً لأنه يقدر على اختبار ذمته بالسؤال والبحث عنها، ولا يقدر على علم من يتحمل له بالسؤال عن المشترى بعلم من يدخل له فى الحمالة ومن لا يدخل فيتهم فى تركه؛ فلذلك يسجن له وإن باعه على رهن لم يصفه فدفعه إليه وهلك عنده لم يلزمه رهن آخر مكانه، ويجوزه إياه صار كالمعين وليس كالراحلة غير المعينة تهلك فيجب عليه أن يأتى بغيرها، وقال أبو موسى: ذلك كالراحلة غير المعينة وإن هلك فعليه أن يأتيه برهن آخر عوضاً منه، وانظر فى «سماع سحنون» من «العتبية»

وسئل فى رجل من أهل الذراعة والشر سجنه السلطان فكلم فيه، فقال: أخاف إن أخرجته أضر بالمسلمين، فقال رجل من قرابته: أنا ضامن له متى أضر مسلماً وأفسد له فأنا المأخوذ به فلما تمت الشهادة عليه بهذا سرحه فلم يلبث إلا يسيراً ثم فر إلى الشرك ورجع إلى البلدة التى ضمن فيها فأخذ دواب لبعض المسلمين، فقال: إذا كان الآمر على ما وصفت لزم الضامن قيمة ما أفسده المضمون إذا ثبت ذلك بواجب الثبت وضمان الوجه على نوعين:

الأول: أنه إذا لم يحضره كان عليه أداء الحق، والثانى: أنه إن لم يحضره فلا يلزمه من المال شيء، فإن وقع مجملاً فهو محمول على الأول ويلزمه الغرم إن لم يحضره إلا أن يشترط أنه برئ من المال.

ويكتب فى الأول: عقد ضمن فلان لفلان إحضار فلان بموضع كذا فى يوم كذا، فإن أحضره برئ من ضمانه،وإن عجز عن إحضاره كان عليه أداء ما لزمه قبله وبإذن المضمون عنه فى ذلك وبموافقة المضمون له، وشهد عليهم بذلك فى كذا.

بيان: يلزم هذا الضامن إحضار المضمون حيث شرط، فإن لم يشترط موضعاً معيناً فلا يبرأ حتى يجمع بينهما فى موضع يكون به سلطان، فإن أحضره فى موضع قفر أو موضع لا حكم فيه فلا يبرأ من الحمالة، قال ابن عبد البر: وليس عليه إحضاره عند الحاكم إلا أن يشترط ذلك فى ضمانه، وإذا وجد صاحب الحق المضمون واجتمع به ثم طلب الحميل بإحضاره فذلك لازم للحميل، ولا يبرأ من الحمالة حتى يجمع بينهما حيث شرط أو فى موضع فيه حكم كما تقدم،

قال أحمد بن سعيد: وإن أتى به الحاكم وجمع بينهما عنده فهو أتم، قال بعضهم: وإن خاف الحميل غيبة صاحب الحق فاشترط عليه أنه إن لم يحضر هو أو من ينوب عنه عند الأجل فهو منه برئ، وإن لم يشترط ذلك فهو على حمالته أبدا حتى يبرأ إلى المحتمل له أو إلى السلطان.

ويكتب فى النوع الثانى من ضمان الوجه: عقد ضمن فلان لفلان وجه فلان يحضره له متى طلبه بإحضاره أو عند أجل كذا أو على أنه برئ من المال لا يلزمه منه شيء إنعجز عن إحضاره، وأشهد بذلك فى كذا. ويلزم هذا الضامن إحضاره، فإن زعم انه طلبه و لم يجده شدد عليه فإذا اجتهد و لم يظهر منه تقصير وعجز عن إحضاره حلف ما قصر فى طلبه ولا دلس ويبرأ، فإن ثبت أنه قصر فى طلبه وله مال ناض فذهب المال لزمه الغرم بالتفريط، وفى كتاب «الاستغناء»: أنه يلزمه طلبه إذا عرف موضعه، وإن لم يعرف موضعه لم يكلف طلبه، فإن مات المضمون لم يلزمه إحضاره فى هذا الوجه، وفى الوجه الآخر يلزمه إحضاره ميتاً ويبرئ، وروى عن ابن القاسم أنه إذا مات بعد الأجل لزمه الغرم، وكذلك إن كان سجن فى حق آخر فإنه يبرأ به فى السجن عم حمالته ولا يكون عليه شيء، وإذا حكم القاضى على الرجل بما يوجب الضامن فى المال فيلزمه أن يعلم خصمه بوجوب الضمان له إذا كان مما يمكن أن يجهل ذلك، فإن تركه وإلا قضى له به بخلاف إذا وجب عليه حميل بالخصومة فإنه لا يقضى به القاضى إلا أن يطلبه الخصم ولا يلزمه أن يعلمه بوجوب ذلك له، وذلك فى الذى يدعى حقاً قبل رجل بينهما معاملة ويتكره فيدعى أن له بينة بذلك فلا يلزمه فى قول ابن القاسم أن يقيم حميلاً، قيل: ويقال للطالب لازمه، قال الشعبانى: وإنما

يلازمه ما دام بمجلس القاضى قائماً، وقال أشهب: عليه أن يقيم حميلاً بوجه، وبذلك العمل قال ابن عتاب، فإن عجز عنه، قيل: يسجن، وقيل: يلزمه اليمين أنه ما يجد ضامناً ولا يقدر عليه، ثم يقال لصاحب الحق: أثبت حقك، فإذا ثبت وجب عليه ضمان بالمال أو الحبس والحمالة معروف كما تقدم، فلا يجوز أن يأخذ عليها أجراً ولا عوضاً كما لا يجوز على الصوم والصلاة، ولو قال الحميل: لا أتحمل لك حتى تحط عنى عشرة دراهم لم يجز لأنه خرج من باب المعروف وصار من باب المعاوضة، وإذا تم الأجل فى ضمان الوجه ولم يحضره فإنه يغرم بعد أجل خفيف يضرب له فى البحث عنه، وقيل: بغير أجل، ولا يعدو صاحب الحق فى مال الغريم ولا يلتفت إليه لأنه بمنزلة من جعل على يديه رهن فأتلفه، فإذا أدى الضامن رجع بما أدى من مال الغريم فلو طلبه فلم يجده فحكم عليه بالغرم ثم وجده وأحضره ففى سقوط الغرم عنه بإحضاره قولان.

فصل

والرهن إعطاء وثيقة بالحق وشرطه أن يكون منه استيفاؤه فلا يجوز فيه خمر ولا خنزير وفى جلد الميتة ما فى بيعه من الجواز والمنع، ويجوز بيع الأبق والشارد والثمار قبل بدو صلاحها ورهن الأم دون ولدها، والولد دونها على المشهور، ويكون معها عند المرتهن ورهن الجنين والمكاتب، ويستوفى الدين من الخراج فى المدبر ومن الكتابة فى المكاتب أو من ثمنها إن بطلا، وما لا يعرف بعينه إن طبع عليه أو كان غير أمين جاز وإلا فلا، ويجوز الرهن فى كل دين مرتب فى الذمة من بيع أو سلف أو غير ذلك، ولا يجوز فى الكتابة ولا فى شيء معين من

الأعيان كلها، ولا فى منافع العين، فإذا كان فى العارية فهو فى القيمة فيما يغاب عليه لا فى عينها لأنها ليست فى الذمة ولا يتم إلا بالحيازة ولا يبيعه المرتهن إلا بإذن السلطان بعد ثبوت الملك فيه للراهن، فإن قدمه الراهن على بيعه وجعل له ذلك دون مشورته ولا مشورة سلطان ففى ذلك اختلاف.

ويكتب فى ذلك: عقد رهن فلان بيد فلان فى كذا وكذا ديناراً واجبة له قبله من وجه كذا جميع الدار أو الموضع بكذا حدودها كذا رهنا محوزاً بيده لانقضاء أجل كذا، فإن انتصف من ذلك وإلا فقد فوض فى بيع ذلك بما يرى من الثمن وكيف يرى، وقبض الثمن والإبراء منه وإنصاف نفسه من ذلك دون مشورته ولا قاض ولا غيره، ولا إثبات سداد غاب أو حضر أقامه فى ذلك مقامه فى الحياة والوصى بعد الممات، وتخلى له عن الرهن فقبضه منه واحتازه على الواجب، وشهد عليهما بذلك من عاين التخلى والقبض فى تاريخ كذا.

بيان: قال بعض الموثقين: لا يجوز له بيع الرهن وإن جعل له ذلك، دون مشورته ولا سلطان كما تقدم إلا أن يقول فى الوثيقة أقامه مقام الوكيل المفوض إليه فى الحياة والوصى بعد الممات فيكون له ذلك دون مشورة السلطان وإلا فلا، قال: ولكنه إن باع بغير إذنه وأصاب وجه البيع نفذ وإن نص فى الوثيقة على ما ذكر جاز له البيع فى الحياة وبعد الممات لأنه أقامه مقام الوصى عمن غير مشاورة السلطان، وهل له عزله عن هذا التقديم أم لا؟ فقال ابن رشد: لا يمنع عزله إلا أن يقول فى الوثيقة: وكلما عزله فهو مفوض إليه حتى يستوفى حقه، وإلا فإن عزله سقط التقديم، قال بعضهم: وإنما لا يغنى التقديم فى البيع وإن جعل له ذلك دون مشورته ولا سلطان إذا كان التقديم فى عقد البيع أو

عند حلول الدين لجاز الشرط وعملت الوكالة باتفاق لأنها عن طواعية، قال محمد بن عمر: وإذا كان هذا التقدم والرهن فى قرض فلا يجوز لأنه سلف جرنفعاً إذ قد رفع عن نفسه المؤنة فى بيعه ومشورة القاضى، وقال محمد بن أحمد: ذلك جائز، فإن كان الرهن بيد أمين فلا بد من مشاورة السلطان، فإن شرط المرتهن منفعة الرهن لنفسه فإن كان الدين من قرض فلا يجوز ذلك بوجه، وإن كان من بيع وسمي لذلك جاز فى الدور والأرض باتفاق، واختلف فى الحيوان والعروض فمنع من ذلك مالك وأجاز ابن القاسم، فقال: ذلك جائز فى الثياب وكل ما تجوز إجازته، قال ابن المواز: وأجاز ذلك أيضاً أشهب وأصبغ، واختلف فيه قول مالك -رضى الله عنه- فإن كان الرهن شجرا واشترط الراهن ثمرها فى ذلك العام فذلك جائز إن كانت الثمرة قد طابت وإلا فلا قال مالك -رضى الله تعالى عنه- وإذا لم يشترط الانتفاع بالرهن فلا يحل له أن ينتفع بشيء منه وإن كان سلاحاً ونزله به العدو فلا يفعل، قال ابن المواز: ولا ينظر فى المصحف وكتب العلم بشرط ولا غيره إذ لا تجوز إجارة ذلك، وقد أجاز ابن القاسم فى كتاب الإجارة إجارة المصحف، فعلى هذا يجوز اشتراط منفعته وإذا كان فى الأرض نخل أو شجر فلا يكون معها رهنا إلا أن يشترط، وكذلك الثمرة والزرع وغلة الدور لا تدخل فى الرهن إلا أن يشترطه المرتهن، فإن اشترط ذلك كان كما شرط، ويتولى هذا السقى والكراء بإذن ربه، فإن تولى ربها شيئاً من ذلك بطل الرهن، وفى «المدونة» من قول ابن القاسم أنه إذا أذن المرتهن للراهن فى كراء الدار والأرض أو الحانوت أو فى السكنى بطل الرهن وإن لم يفعل شيئاً من ذلك، وقال أشهب: لا يبطل بالإذن حتى يفعل ذلك، قال ابن

الحارث: يريد ابن القاسم أن الرهن على يد أمين ويريد أشهب أنه بيد المرتهن، وفى كتاب «الاستغناء»: إذا رجع الرهن إلى يد الراهن ولو بعد سنين بطل بخلاف الهمة لا تبطل بعد العام وأنه يبطل أيضاً بإذن المرتهن للراهن فى الانتفاع به وإن لم يأخذه ولا انتفع به، حكاه سحنون فى حريم الآباء من المختلطة، وقال فى «كتاب الرهون»: لا يخرج إلا بإسلامه لا بإذنه وهو أحسن -إن شاء الله تعالى- ويستحب لمرتهن الدار عنه اكترائها أن يكون ذلك بمؤامرة صاحبها إن كان حاضراً، فإن ترك ذلك جاز ومضى، قال بعضهم: وإذا ترك المرتهن كراء الدار ولكرائها خطر وقدر فذهب أصبغ أن لا شيء على المرتهن، وقال ابن الماجشون: يضمن كراء مثلها لأنه تعمد إبطالها ما لم يكن الراهن عالماً فحينئذ لا يضمن لأن سكوت الراهن على ذلك رضاً به، فإن كتب الراهن للمرتهن فى الكرم والجنان مساقاة وفى الأرض والدار كراء بعد عقد الرهن كان ذلك أتم للرهن وأصح لحيازته، فإن اكتراه أو ساقاه فيه قبل الرهن ثم ارتهنه بعد ذلك جاز ذلك أيضاً وكانت حيازة للرهن، وقال ابن المواز عن مالك -رضى الله تعالى عنه- لا يكون رهنا لأنه محوز قبل ذلك بوجه آخر، وبالأول قال ابن القاسم، ورهن الحائط المساقى جائز، وينبغى للمرتهن أن يجعل مع العامل شخصاً فذلك من تمام حيازته ورهن الدار بأن يدفع له عقده حضر الذى عليه الحق أم لا فذلك جائز، وقيل: لا يكون رهناً حتى يجمع بينهما ويوافق الذى عليه الحق،والأول أحسن، وفى «المستخرجة» من قول ابن القاسم أنه إذا لم يكن على الذى عليه الدين ذكر حق وجمع بينهما وأقر الذى عليه الدين بالحق جاز أيضاً، وما لا يعرف بعينه كأحد النقدين يطبع عليه أو يوضع بيد أمين وإن لم

يفعل ذلك فلا يجوز، وقال أشهب: ذلك فى أحد النقدين خاصة للتهمة، وأما فى غيرهما فيجوز، ويجوز رهن السلعة فى ثمنها المؤجل ما لم يكن حيواناً أو شبهه ورهن المشاع جائز، فإن كان مع الغير فقبضه بأن يجعل فيه محل الراهن، وإن كان مع الراهن فقبضه بقبض الجميع،وقيل فى العقار كالأجنبى، وإذا كان الراهن فصل عن العدد الواقع فيه الرهن فهو رهن معه جائز أن يزيده ديناً آخر يكون رهنا بهما، ولا يجوز أن يرهن فضله الرهن من غيره بغير إذنه، فإن أذن ففى ذلك عن مالك قولان؛ قال بعضهم: وتحصيل قول مالك أن ذلك لا يجوز، وإذا أدى بعض الدين أو سقط بوجه بقى جميع الرهن فى الباقى ولا يلزمه أن يرد منه بقدر ما أسقط، وكذلك إذا استحق بعضه بقى الباقى رهنا فإن طلب الشريط القسمة قسم إن كان ينقسم وبقى حقه رهنا، وإن لم ينقسم بيع وجعل حظ الراهن رهنا وهل يأخذه من دينه إن كان من جنس دينه أو يكون رهنا، فى ذلك قولان، وإذا طلب أحدهما أن يكون الرهن عند عدل فمن دعا منهما إلى ذلك فهو كما قال، فإن قال أحدهما: عند فلان، وقال الآخر عند غيره نظر الحاكم فى ذلك، وقيل: يكون عند الذى دعا إليه الراهن إذا كان عدلاً ولا يجوز له أن يسلم الرهن دون إذنهما، فإن فعل فهو ضامن، وكذلك إذا قال: بعته بكذا أو أسلفت الثمن إلى المرتهن وأنكر المرتهن ذلك، فإن الأمين يغرم، واختلف فى شهادته فى الارتهان، فقال ابن عتاب: شهادته فى ذلك ضعيفة، وقال سحنون: شهادة العدل الموضع على يديه الرهن جائزة فى الدين والرهن وقع قوله هذا فى «نوازله» من شهادات «العتبية».

والأشياء المرتهنة على ضربين:

ضرب يعلم هلاكه كالعقار والحيوان والعبيد وكل ما لا يغاب عليه فلا ضمان فى شيء من ذلك على المرتهن إذا ضاع أو تلف وهو مصدق فى ذلك إلا أن يتبين كذبه كدعواه موت ذلك فى بلد ولم يعلم بذلك أحد وعليه اليمين فى الضياع إن اتهم أنه ضاع من غير تفريط ولا دلسة ولا يعلم له مستقر.

الثانى: ما لم يعلم هلاكه إلا بقوله وهو ما يغاب عليه كالحلى والثياب ونحو ذلك فالمرتهن ضامن لذلك، واختلف الشيوخ هل تجب عليه اليمين أنه ضاع أم لا؟ فقال ابن مزين: يحلف لقد ضاع منه بلا دلسة ولا يعرف له موضعاً وقال العتبى: لا يمين عليه إلا أن يدعى الراهن أن مخبر صدق أخبره أنه لم يتلف فحينئذ يحلف وهو ضامن على كل حال، فإن قامت بينة على ذلك سقط الضمان عنه عند ابن القاسم، وقال أشهب: لا يسقط لأنه دخل عليه، وكذلك لو شرط أن لا يضمن ففي ذلك قولان.

وفى كتاب «الاستغناء»: قال الشعبانى إذا قرض الفأر الثوب عند المرتهن ضمنه فى قول ابن القاسم، وقال غيره: لا يضمن وإن واقعه عنده السوس لم يضمن إلا أن يفرط، قاله ابن المواز، وعليه اليمين ما ضيع، قال ابن يونس: اختلف فقهاؤنا المتأخرون فى الرهن المشترط منفعته إذا ضاع وهو مما يغاب عليه، فقيل: يضمنه المرتهن لأنه رهن على حاله، وقيل: لا يضمنه كسائر الأشياء المستأجرة وقيل: ينظر إلى القدر الذى ذهب منه بالإجارة مثل أن يقال فى الثوب: إذا استؤجر شهراً ينقصه الربع فيكون نقصه قدر ربعه غير مضمون لأنه مستأجر وثلاثة

أرباعه مضمونه لأنه مرتهن إذا لم تقم بينة بضياعه، فإن كان الراهن بيد أمين فلا ضمان فيه بوجه كان مما يغاب عليه أو غير ذلك، والعمل على أنه إذا وجد الرهن بيد المرتهن فهو حوز له، وإن لم يحضر الشهود الحيازة ولا عاينوها، وكذلك الصدقة بأن ادعى الذى هو بيده أنه رهن، وقال صاحبه: ليس برهن فالقول قول صاحبه، فإن ادعى الراهن أنه رهن عن دين، وقال المرتهن: عن دين آخر، فقيل: القول قول المرتهن، وقيل: يوزع الرهن على الرهنين بعد أن يتحالفا.

والرهن كالشاهد فى قدر الدين المرتهن فيه إلى مبلغ قيمته ما كان الرهن قائماً فيحلف على قدر الدين ويأخذه إن كان قدر قيمة الرهن فأقل، فإن كان ما ادعاه من الدين أكثر من قيمة الرهن حلف الراهن إن ادعى أن الدين كان قدر قيمة الرهن وحوسب بذلك، وإن ادعى أقل من ذلك حلفا معاً وحكم للمرتهن بقدر قيمة الرهن، وهذا إذا كان الرهن بيد المرتهن، فإن كان بيد أمين فهل يكون كالشاهد فى مقدار الدين أم لا؟ فى ذلك قولان.

وفى «مسائل ابن رشد»: فى رجل اشترى سلعة بتقديم رهن عنده فى ثمنها سلعة أخرى ثم اختلف فى ثمن المشتراة هل يكون الرهن ههنا شاهد أم لا؟ فأجاب: إذا فاتت السلعة فالرهن شاهد للبائع على مذهب مالك -رضى الله تعالى عنه- إلى مبلغ قيمته، وأما إذا كانت السلعة غير فائتة فلا يكون الرهن شاهد إلا على مذهب من يراعى دعوى الأشبه مع القيام، وفى «نوازل أصبغ» من «العتبية»: إذا أتى المرتهن برهن قيمته دينار والحق ألف دينار، فقال الراهن: ليس هذا رهنى فالقول قول الراهن لأن المرتهن أتى بما لا يشبه فى ذلك، وإلا

غلب من عرف الناس أنهم لا يرهنون إلا فيما يساوى الحق أو أكثر وقال أشهب: القول قول المرتهن والمعتبر فى القيمة عند ابن القاسم يوم الحكم إن كان قائماً يوم القبض إن كان فائتاً، وقيل: يوم الضياع، وقيل: يوم الرهن، وإذا ادعى الراهن بعد أن باع المرتهن الرهن أنه أدى الدين وأنكر المرتهن، فإن أقام بذلك بينة انتقض البيع فى الرهن، وإن لم تقم له بينة حلف المرته، فإن نكل حلف الراهن وسقط الدين والبيع نافذ،ويلزمه أن يدفع له الثمن إلا أن يكون شرطه له التصديق فىالعقد فيكون له شرطه، وينفذ البيع بلا يمين، ولا يغلق الرهن لنهى النبى ﷺ عن ذلك؛ وهو أن يقول: هذا رهن لك بكذا إلى أجل كذا، فإن لم أنصفك عند الأجل فالرهن لك.

فصل

ومن أحاط الدين بماله فلا يجوز له صدقة ولا هبة ولا عتق ولا فعل يكون فيه محاباة، وله أن يبيع ويشترى ويتزوج ويفعل كل ما ليس فيه محاباة وأن يقضى بعض غرمائه دون بعض وأن يقر بالدين لمن لا يتهم عليه ما لم يوقف السلطان ماله، فإن تصدق أو وهب أو حابى فى بيع أو شراء فللغرماء ذلك وفسخه، فإن لم يعلم، إن كان ماله يفى بما عليه من الديون أم لا وفعل شيئاً من ذلك فذلك جائز صدقة كانت أو غيرها حتى يعلم أن ما عليه من الديون يستغرق ماله، قاله ابن زرب وغيره، فإن لم يكن له من المال ما بقى بالديون التى عليه وقام عليه غرماؤه بدونهم الحلاة فظهر أن ماله ينقص عن ذلك وقفه الحاكم عليه وحجر عليه التصرف فيه وأخرجه عن يده، وتحل بذلك عليه الديون المؤجلة عليه كما

تحل ديون الميت، ولا يجوز له بيع ولا شراء ولا إقرار بدين إلا أن يكون ذلك فى المجلس حين القيام عليه وما قرب منه وإلا فلا.

وسئل فى ذلك ابن رشد، فقال: الذى أقول به: إن أقربه المديان على نفسه من الديون حين رفعه الغرماء فى مجلس القاضى فى أول أمره قبل أن يسجن فهو جائز لمن أقر له ممن لا يتهم عليه ولم تعرض مداينته عليه وهو فيمن عرفت مداينته له أجوز إذ قد روى عن مالك -رضى الله تعالى عنه- أن إقرار المفلس جائز لمن يعرف منه إليه تقاض فى مداينته قبل إقراره وإلا فلا، وقال أشهب: ويمين مع ذلك وإلا فلا، وقال أصبغ: إذا عين قبل وإن لم يكن على أصله بينة، وأما قبل التفليس فهو جائز لمن لا يتهم بدين أو وديعة أو قراض أو شىء بعينه مع يمين المقر لهم، وقيل: لا يمين.

وحد التفليس المانع من التصرف أن يرفعه الغرماء إلى السلطان ويحبسه فذلك رأس التفليس الذى لا شك فيه، وقيل: إذا قاموا وبنوا على تفليسه، وقيل: إذا قاموا عليه وحالوا بينه وبين ماله، ولابن القاسم: إذا تشاوروا، قال ابن رشد: وأظهر الأقوال فى ذلك ما اختاره ابن القاسم من قول مالك أن قضاءه جائز ما لم يتشاوروا فى تفليسه، وقال أصبغ فى «العتبية»: إذا اجتمعوا فأخذوا ما فى تابوته واقتسموه على اليأس من ماله ويطلقونه فذلك كالتفليس، ويبدأ بماله من حيوان وشبهه فيباع عاجلاً، وكذلك الغائب يباع ماله لغرمائه إذا طلبوا ذلك، ولا يستأنى بذلك، ولا يكلف الغرماء أن يثبتوا أن لا غريم سواهم، وهذا فى الحاضر والغيبة القريبة، ولا يفلس هذا القريبة الغيبة حتى يكشف عن ماله، وأما البعيد الغيبة فإنه يفلس ويقضى بذلك واختلف إن علم ملاؤه فى غيبته البعيدة

هل يفلس أم لا؟ فقيل: إنه يفلس وتجرى له أحكامه فى أموره كلها، وقيل: لا، قال ابن رشد: وهذا الاختلاف إذا هو فيمن كان على مسيرة العشرة الأيام ونحوها، وأما الغيبة البعيدة على مسيرة الشهر ونحوه فلا اختلاف فى وجوب تفليسه فيها، وإن عرف ملاؤه فإنه يستأنى فى بيع الأصول الشهر والشهرين ويقدم القاضي من يبيع ذلك، ويقضى الغرماء بعد ثبوت ملك ذلك لصاحب الفلس حاضراً كان أو غائباً أو ميتاً.

ويكتب فى ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمون له مالاً وملكاً جميع الدار أو الموضع بكذا لا يعلمون له فيه بيعاً ولا تفويتاً ولا انه خرج عن ملكه بوجه حتى الآن، وذكر لهم أن على تركته ديوناً لأناس شتى ولا يعلمون له شيئاً تؤدى منه إلا الموضع المذكور ويعلمون أن فلاناً أهل للتقديم عليه لبيعه وقبض ثمنه ووضعه فى الديون المشار إليها إذ قد ثبت فلس المذكور أو غيبته ومن علم ذلك ويعرف من ذكر قيد على ذلك شهادته فى كذا. ثم تكتب الحيازة ثم السداد كما تقدم ثم التقديم **ونصه:** ثبت عند القاضى فلان رسم الاسترعاء بكذا ورسم الحيازة والإعذار بكذا، وسئل منه النظر فى ذلك فاقتضى نظره أن قدم لإنفاذ البيع على الغائب أو المفلس فلان فى الدار أو الموضع المذكور فيه بما ثبت به السداد أو أزيد إن كان زائداً[1] أو قبض الثمن وإلا براه من بعد القبض ووضعه فى الديون الثابتة عليه واتخاذ البراءة من ذلك بالواجب فلانا المذكور لما ثبت لديه من أهليته لذلك تقديماً أنفذه له وأمضاه بعد تقضى موجبه، وبمحضر

---

(1) هذا الموضع فراغ بالأصل.

المقدم وقبوله ذلك شهد على القاضي بما فيه عن من أشهده المقدم بالقبول فى كذا.

بيان: فإن كان الذى للمفلس من الدار أو الملك حظاً النصف أو الربع فيثبت ملكه لذلك ويشهد به الشهود فى الإشاعة، ولا يلزموا أن يسمعوا الشريك ولا ملكه وذلك بخلاف القسمة فإنه لابد أن يثبت الملك للمحجور أو الغائب وللشريك معاً فى الملك، ويسمى ما لكل واحد من ذلك من الحظ، وحينئذ يصح للقاضى أن يقدم على القسمة وإلا فلا، وفى «أحكام ابن سهل»: أنه لابد مع ثبوت ملك الغائب للبعض أن يثبت ملك شريكه لسائره، وحينئذ يتوجه بيعه، وإذا أشهد شاهدان بالسداد فى هذا الذى يبيعه القاضىعلى الغائب أو اليتيم أو غيرهما وشهد آخرون أنه ليس بسداد وأن قيمته أكثر من ذلك، فقال ابن رشد: إذا بلغ الحد الذى يلزم من الاجتهاد فى تسويقه فلم يلف فيه زيادة على ما شهد به أن بيعه به سداد، فلا يلتفت إلى شهادة من شهد أن بيعه بذلك غير سداد إذا لم يوجد من يزيد فيه على ذلك، قال ابن الحاج فى «مسائله»: وإذا بيع على الغائب ملكه فى دين ثابت عليه ثم قدم وأثبت البراءة منه كان البيع فى الملك نافذاً، ويرجع على الغريم بما قبضه من ثمنه ولا يعدى فى الملك بشىء، وحكى التونسى أنه ينقض البيع بعد أن يدفع البائع الثمن إلىالمشترى ويأخذ ملكه، انظر ذلك فى الاستحقاق من كتابه، وإذا وجد البائع سلعته بحالها حين التفليس وهو لم يقبض الثمن فله أخذها إن شاء أو تركها تباع ويحاص بماله من الثمن، فإن كان قبض بعض الثمن فليس له أخذها إلا أن يرد ما قبض وإلا فلا، ولسائر الغرماء أن يعطوه الثمن من مال المفلس أو من أموالهم، وتبقى السلعة مع

سائر مال المفلس، ولا يكون له أخذها إن فعلوا وهذا في المفلس، وأما فى الموت فله أخذ سلعته وهو أسوة الغرماء، فإن كان موته بعد أن فلس فله أخذها، فإن وجد البائع بعد سلعته فله أخذ ذلك بما يخصه من الثمن، فإن كانت دنانير فخلطها فى كيس أو زيتاً فخلطه فى جرار زيته فهو أحق بمقدار ذلك من الغرماء ولو انتقلت عن حالها كطحن الحنطة وذبح الشاة وتفصيل الثوب لم يكن له إليها سبيل ولو لم تنتقل ولكن إنضافت إليها صنعة كبناء العرصة ونسج الغزل شارك بقدرها إن شاء، فإن كانت ثمرة فيبست ففى أخذه بذلك قولان، والصانع أحق بالسلعة التى عمل فيها فى فلس ربها وموته ورب الأرض المكتراه كذلك هو أحق بالزرع فى موت المكترى وفلسه، وكذلك من اكترى داراً سنة فسكن بعضها ثم مات أو فلس فهو أحق ببقية المدة، ويحاص الغرماء بما مضى،وكذلك الدابة، ومن استؤجر على حفظ متاع أو حراسة متاع فهو أسوة الغرماء فى الموت والفلس.

وفى «مسائل ابن الحاج»: من أسكن داره رجلاً مدة ثم لحقته ديون فأراد أصحاب الديون بيعها بعد موته أو فلسه فهو أحق بالسكنى، ولا سبيل لهم إلى فسخه وبيع الدار إلا بعد تمام مدة الإسكان، ولا يرجع إلى أخذ متاعه إلا أن يكون دفعه بمعارضة محضة فلا يكون ذلك فى الخلع والنكاح والصلح إذا تعذر استيفاؤه العوض بخلاف الإجارة، قال ابن الحاج فى «مسائله»: ومن أسلف مالا أو عرضاً يعرف بعينه ثم فلس الغريم ووجد ذلك صاحبه، ففى «مختصر ابن أبى زيد» هو أسوة الغرماء، وإنما الأثر فى البيع، وبوب البخارى باب إذا وجد ماله عند مفلس فى البيع والقرض والوديعة فهو أحق به، وهو خلاف ما حكـــــاه

أبو محمد فى القرض فتدبره، ومن رد سلعة بعيب فلا يكون أحق بها فى الثمن إذا فلس البائع، وفى كون المشترى أحق بالسلعة فى البيع يفسخ لفسادة ثلاثة أقوال: ثالثها[1]: إن كان البيع بالنقد فله ذلك وإلا فلا، وإذا مات المفلس وعنده ودائع وقراض وبضائع وعليه ديون للناس ولم يوص بذلك وثبتت الأمانات بغير تعيين فإن أهل الديون وأهل الودائع والأمانات يتحاصون فى ماله وإن عين الودائع والأمانات وعين ماله فهو كما قال، ولا ينازع فيه، وما قال لى فهو بين الغرماء ولا يدخل معهم فى ذلك أهل القراض ولا أهل الأمانات إلا أن يثبت خلاف ما قال، قال ابن رشد: وهو مما لا اختلاف فيه أعمله فى الميت، وأما فى المفلس ففيه اختلاف، قيل: إن ذلك جائز مع يمين المقر لهم وهو أحد قولى مالك -رضى الله تعالى عنه- فى رسم العرية من «سماع عيسى»، وقيل: إن ذلك لا يجوز وهو قول ابن القاسم فى «العتبية» و «المدونة»، وقيل: يجوز إن كان على الأصل بينة، ولا يجوز إن لم يكن على الأصل بينة، ولا اختلاف فى أنه لا يجوز إقراره بعد التفليس بدين لأجنبى ولا لغيره، وتحاص المرأة غرماء زوجها فى صداقها فى التفليس دون الموت، وقيل: وفى الموت.

وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا أسر الرجل وأثبت رجل قبله دينا وقاطع على فك رقبته من الأسر بمال وللأسير مال حاضر هل يبدأ الدين على الفدية أو تبدأ الفدية؟ قال ابن رشد وأصبغ: يتحاصان فى مال المفلس، وقلت أنا: يبدأ بدين الفدية واحتجا لقولهما بمسألة «المدونة» إذا جنى جناية وعليه دين فقال ابن

---

(1) قوله: (ثالثها): يفهم منه أن القول الأول هو أن المشترى أحق بالسلعة، والقول الثانى ليس له حق فى السلعة، والقول الثالث الذى ذكره هو التفصيل.

القاسم ومالك -رضى الله عنهما- يتحاصان، وقولى أصح، وقد وجدت المسألة منصوصة لسحنون فى طره بخط ابن عتاب فى آخر الديات من «المدونة» ويترك على المفلس كسوته المعتادة لمثله، وقيل: ما يواريه ويترك له ما يعيش به هو وزوجته وولده نحو الشهر، ولا يلزمه أن يعتصر ما وهب لبنيه ولا قبول ما يوهب له، ولا أن يكتب أو يؤاجر نفسه، فإن طاع أحد بتفليسه لزمه قبول وما وجد فى يده وتحت ثقافه من المتاع وغيره حكم له به وإن لم يثبت له ملكه، وكذلك ما وجد عنده، فقال: هو لفلان، دفعه لى لأبيعه له أو أحمله فلا يقبل قوله فى ذلك إلا أن يثبت من أقر له به أنه متاعه أو يكون ممن يحمل الأشياء أو يبيعها، فيحلف رب المتاع مع قوله ويصدق، وإن نكل لم يكن له شىء، قال بعض المفتيين: وإذا ادعى الغرماء على المفلس أن له مالاً من ثياب أوطعام أو غيره فى داره ويرغبون فى التفتيش عليه أنهم ليس لهم ذلك إلا أن يقيموا البينة على معاينة شىء فيقضى لهم به، وأما التفتيش فلا يفتش على مسلم فى هذا ولا فى غيره، وحكاه بعض قضاة الكور من «الاستغناء»، وانظر فى «أحكام ابن سهل»، وفى مديان «العتبية»، ولا اختلاف فى ذلك، حكى ابن سهل أنه شاهد الفتيا والحكم بطليطلة إذا دعا الطالب إلى تفتيش مسكن المطلوب عند ادعائه العدم أن يفتش مسكنه فما ألفى فيه من متاع الرجال بيع عليه وأنصف الطالب منه لا يختلف فقهاؤهم فى ذلك وأنه أنكر ذلك عليهم، قال: وأعلمت بذلك ابن القطان، فقال لى: لا يبعد ذلك، ورآه حسناً فيمن ظاهره اللداد والكذب، وإذا تلف مال المفلس فى التوقيف ففيه ثلاثة أقوال:

أحدها: أنه من المفلس، والثاني: من الغرماء، والثالث: أنه إن كان عيناً فهو من الغرماء، وأن كان عرضاً هو منه.

فصل

والغرماء على ثلاثة أقسام: غريم غني، وغريم معسر غير معدم، وغريم معسر معدم. فأما الغني فتعجيل الأداء عليه واجب ومطله به حرام لقوله ﷺ: «**مطل الغني ظلم**»[1]، وأما المعسر الذي ليس بمعدم وهو الذي يضربه تعجيل القضاء فتأخيره إلى أن يوسر ويمكنه القضاء من غير مضرة تلحقه مرغب فيه ومندوب إليه لقوله ﷺ: «**من أنظر معسراً أو وضعه أظله الله في ظل عرشه**»[2] الحديث، وكان الشيوخ بقرطبة يفتون بتأخيره بالاجتهاد على قدر المال وقتله، ولا يوكلون عليه في بيع عروضه وعقاره في الحال، وعلى ذلك تدل الروايات بخلاف ما كان يفتي به فقهاء الأندلس من التوكيل عليه ببيع ماله وتعجيل إنصافه. وأما المعسر المعدم فتأخيره إلى أن يوسر واجب لقوله تعالى: ﴿**وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ**﴾ [البقرة: ٢٨٠] فمن عرف من أهل الوفر وأن عنده الناض كالتجار ونحوهم فإنه لا يؤجل ولا يؤخر بل إما أن يؤدي أو يسجن حتى يؤدي، فإن لم يعلم من اهل الناض وادعى صاحبه أن له مالاً ناضاً ودعا إلى تحليفه فيجري ذلك على الاختلاف في لحوق يمين التهمة، وكان أبو عمر الإشبيلي يضعف اليمين في ذلك يحتج بقول مالك، وجل الناس ليس لهم

---

(1) أخرجه البخاري في ((صحيحه)).

(2) أخرجه الدارمي في ((سننه)) بلفظ: ((..... أو وضع عنه أظله الله في ظل عرشه)).

ناض، وأما إن حقق ذلك عليه فاليمين واجبة عليه باتفاق، فإن نكل حلف الطالب وجبر المطلوب على الأداء ولم يؤخر قليلاً ولا كثيراً، ويتخرج تفتيش داره على الخلاف المتقدم، وإذا لم يكن من أهل الناض وسأل أن يؤخر ووعد بالقضاء فليؤخره بقدر ما يرجو له ولا يعجل عليه بالتفليس وبيع عروضه ويؤخذ عليه حميل بما حل عليه من المال، فإن لم يكن له حميل سجن.

وفى «مسائل ابن رشد»: فى رجل ترتب عليه دين حال وله سلعة يمكن بيعها بسرعة فطلب صاحب الدين أن تباع وطلب صاحبها أن لا تفوت عليه وتوضع رهنا، ويؤجل أياماً ينظر فى الدين إن من حقه أن تجعل السلعة رهنا، ويؤدى فى إحضار المال بقدر قلته وكثرته، ومالا يكون فيه ضرر على واحد منهما على ما يؤديه إليه اجتهاد الحاكم فى ذلك، قال: وهو الذى جرى به الحكم ومضى عليه العمل ونزل عليه الروايات عن مالك وأصحابه. وحبس الغريم على ثلاثة أوجه:

أحدها: حبس تلوم واختبار فيمن جهلت حاله، والثانى: حبس من ألد واتهم أنه خبأ مالا وغيبه، والثالث: حبس من أخذ أموال الناس وقعد عليها وادعى العدم فتبين كذبه إذا لم يعلم أنه جرى عليه سبب أذهب ما عنده من أموال الناس.

فأما حبس التلوم والاختبار فى المجهول الحال فيقدر ما يستبرأ أمره ويكشف عن حاله، وذلك يختلف باختلاف الدين، فروى ابن حبيب عن ابن الماجشون أنه يحبس فى الدريهمات اليسيرة قدر نصف شهر، وفى الكثير من المال قدر أربعة أشهر، وفى الوسط شهرين.

وأما حبس من ألد واتهم أنه خبأ مالاً فإنه يحبس حتى يؤدى أو ثبت عدمه فيحلف ويسرح، وأما حبس من أخذ أموال الناس وقعد عليها وادعى العدم وتبين كذبه فإنه يحبس أبداً حتى يؤدى المال أو يموت فى السجن، وروى عن سحنون أنه يضرب بالدرة المرة بعد المرة حتى يؤدى المال وذلك جار على قول مالك -رضى الله تعالى عنه- إذا قال فى الخصم إذا ألد أنه يضرب، وأى لداد أبين من هذا، فالقضاء بما روى عن سحنون فى ذلك واجب، فإن سأل المحبوس للاختبار أن يعطى حميلاً ولا يحبس حتى يكشف عن حاله، ففى «المدونة» أنه يحبس أو يؤخذ عليه حميل ولم يتبين بالوجه أو المال، قال التونسي ذلك بالوجه دون المال على مذهب ابن القاسم إلى مدة يختبر فيها، فإن تبين أن له مالاً سجن حتى يؤدى وإن لم يتبين له مال أطلق بعد اليمين وإن سأل المحبوس للتهم أن يعطى حميلاً بوجهه لم يمكن من ذلك لأن التضيق عليه بالسجن واجب، فإن أراد أن لا يسجن أعطى حميلاً غارماً ولا يسقط ضمانه إن أثبت عدمه بعد ذلك، وأما الذى يقعد فليس له التضييق بالسجن والضرب وإن كان حميل فهو بالغرم باتفاق، ولا يقبل له بينة بالعد إن قامت له، والناس كلهم محمولون على الملاء فى مذهب مالك حتى يثبت خلافه، قال ابن الحاج فى «مسائله»: وهو الصحيح الذى جرى به العمل عند الحكام، وقيل: هم محمولون على العدم إذ يولد الرجل لا شىء له وهو مذهب الراودى، وفى «الاستغناء» قال بعض المفتيين: من وجب عليه دين من مهر أو حمالة فادعى العدم لم يكن عليه سجن لأنه لم يثبت له ملك شىء كما يثبت فى السلف والتبايع، وعلى الإمام أن يكشف عنه، فإن وجد له مالاً وإلا حلف أنه لا مال له وشيئاً يقضى منه ذلك

وخلي سبيله، قال غيره: وكذلك ما وجب عليه من نفقة ولد أو والد، وإنما يجب السجن على من يدعى العدم بعد أن يثبت له ملك والقضاء أن عليه السجن فى جميع ذلك حتى يثبت العدم لأن الأصل ان الناس محمولون على الملاء حتى يثبت عدمهم، فإن قام رجل بدين على حاضر أمر القاضى بإحضاره، فإذا أحضره وقفه على ذلك فإن ادعى عدماً وكان لا يعرف له مال سئل صاحب الدين عن ذلك ، فإن وافق على ذلك ترك ولم يكن عليه حميل ولا شىء وإن لم يوافق عليه وادعى الغريم أنه يعلم بعدمه وجبت له اليمين عليه أنه ما يعلم بإفلاسه، فإن حلف حبس له حتى يثبت عدمه وإن نكل بطل دعواه وله ردها، وإن استعد بالعدم وأثبته قبل الحبس سقط عنه الحبس وأقام حميلاً بوجهه.

ويكتب فى ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمونه فقيراً عديماً لا يعلمون له مالاً ظاهر أو مالاً باطناً أصل ملك ولا سواه وحاله متصلة على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

بيان: قال ابن رشد: صفة الشاهد فى الدم أن يقول أنه يعلمه فقيراً عديماً لا يعلم له مالاً، واختلف فى إن قال فقير غريم لا مال له ظاهر ولا باطناً، فقيل: إن شهادته لا تجوز لأنها تحمل لفظاً ظاهراً على البتات، وقيل: إنها جائزة لأنها تحمل على وجه العلم، وأما إن نص فى شهادته على البت والقطع فلا يجوز قولاً واحداً، فإذا ثبت ذلك فلابد من يمينه، قال ابن مغيث: فإن نكل فإنه يسجن أبداً لأن نكوله تهمة. ونصه: حلف بإذن القاضى بكذا فلان المذكور فى رسم الاسترعاء بكذا حيث يجب وكما يجب يميناً قال فيها: بالله الذى لا إله إلا هو إنى فقير معدم وما أعلم من باطن حالى من الفقر والعدم إلا مثل ما شهد به

المشهود به من ظاهره، وإن حالى متصلة على ذلك حتى الآن، وإن وجدت شيئاً أقضى به دينى لأقضيته، ومن حضر اليمين المنصوصة واستوعبها من الحالف وعرفه قيد على ذلك شهادته فى كذا.

فإن ثبت أنه ليس له أصل ملك فاختلف هل يحلف مع ذلك أم لا؟ فقيل: يحلف،وهو قول ابن دحون، وقيل لا يحلف، وفرق بين التجار وغيرهم، وانظر ذلك فى «أحكام ابن سهل»، وقال بعضهم: ولا يحلف على البت لأنه قد يقع له مال من موروث أو شبهه فيحنث إن قطع ووقع فى بعض الوثائق اليمين فى ذلك على البت، وهو خطأ.

فإن شهد أنه ضعيف الحال فيكتب فيه: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمونه ضعيف الحال بادى الإقلال قليل ذات اليد متصل الحال على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

فإذا ثبت ذلك أخذ منه ذلك القليل ودفع إلى الغرماء بعد أن يستحلف وإن حدس البينة ما فى يديه فهو أتم، وإن شهدت بينة بالعدم وشهدت أخرى بالملاء، فقيل: إنه ينظر إلى أعدم البينتين، فإن تكافأتا تساقطتا وإذا سقطتا فهل يبقى مسجوناً على القول بأن الناس محمولون على الملاء أو يسرح حتى يظهر من حاله ما يوجب أن يعاد إليه على القول بأن الناس محمولون على العدم؟ فى ذلك قولان، وقيل: إنه لا ينظر إلى أعدل البينتين وبينة الملاء أعمل، وإن كانت أقل عدالة من الأخرى، وقيل: بينة العدم أعمل، وإن كانت أقل عدالة لأنها أوجبت حكما وهو إطلاقه من السجن، ولو قال الشهود بملائه أنهم يعلمون له مالاً

باطناً أخفاه لما صح ان يختلف فى إعطال شهادتهم على شهادة من يشهد بالعدم، وإنما مسألة الخلاف إذا شهد له قوم بالملاء فى ظاهر حاله وشهد له آخرون بالعدم فى ظاهر حاله، ذكر ذلك ابن رشد فى «الشرح»، وقال ابن الحاج فى «مسائله»: إذا شهدت بينة لرجل بالعدم وشهدت له أخرى بالملاء فلا يخلو أن يعينوا له مالاً أم لا، فإن عينوا له مالا فشهادتهم أعمل بلا خلاف مثل أن يقولوا: تعلم له دار أو أرضاً أو عرضاً وعينوه، فإن لم يعينوا ذلك فظاهر ما فى «أحكام ابن سهل»: شهادة الملاء أعمل، وظاهر ما فى «سماع أبى زيد»: تسقط الشهادة، وقد يقال إن شهادة من شهد بالعدم حكما[1] وقال: وكان دين لحق الإنسان من غير عوض أخذه فقوله مقبول أنه عدم حتى يثبت ملاؤه مثل نفقة الأب وشبهه، وإن كان من عوض أخذه كالمبايعة والسلف فادعى العدم فلا يقبل قوله حتى يثبت العدم، فإن كان الذى أخذ السلف ميتاً لزم الطالب أن يثبت أن الورثة ورثوا له مالا، وإذا ثبت العدم وحلف ثم قام عليه الغرماء بعد ذلك فهو على العدم الذى ثبت له حتى يعلم أنه استفاد مالاً حكى ذلك الباجى، قال: لأنه حكم قد حكم له بذلك عليهم ولو قام عليه غير الأولين ومضت مدة بعد ثبوت الأول فإنه يكلف البينة أن عدمه متصل ولا يعلمونه استفاد لأن هؤلاء لم يحكم عليهم ولا أعذر لهم فى الشهود، فيجب أن يشهد الشهود على اتصال العدم ويباح لهم اللدفع فى شهادتهم.

وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا ثبت العدم وقام عليه غريمه بعد مدة فاستظهر بما ثبت من عدمه فإنه ينتفع بذلك إلى مدة ستة أشهر فإن زادت المدة على هذا

---

(١) هذا الموضع فراغ بالأصل.

فلابد من استئناف عدم آخر إلا أن يطرأ له مال قبل ذلك فلغريمه القيام عليه، وإذا أشهد الغريم فى حق قبله لرجل أنه قادر على أدائه، ومتى ادعى ضعفاً أو عدماً فدعواه باطل وبيناته ساقطه، فلما حل الأجل ادعى أنه عدم واستظهر بعقد بذلك، فقال ابن رشد: لا ينتفع بما استظهر به من العدم حتى تشهد البينة بأن المال الذى كان بيده قد ذهب، وأجاب ابن الحاج بأنه لابد له من أداء الدين إلى صاحبه ولا ينتفع بما شهد له به من العدم لأن إقراره المقدم يكذبه ويكذب من شهد له لا سيما وبين إقراره والشهادة له بذلك ما ذكرت من القرب فلا يلتفت إلى من يشهد له بالعدم على الإجمال حتى يثبتوا فيها ما يظهر له للحاكم بوجه من شهادتهم من ذهاب الحال التى كانت له يوم الإقرار من سرقة سرقها أو نهب أصابه أو ما أشبه ذلك من الوجوه التى تبين بها حقيقة ما شهدوا به، فإذا شهدوا بذلك حلف المطلوب وارتفع الطالب عنه إلى ميسرة.

وفى «المجموعة»: فى رجل وجب له حق على رجل بعد يمينه، فقال: لا أحلف حتى يحضر المال الذى لى عليه، فإن ذلك لا يجب، ويقال له: احلف وتستحق المال باليمين، وإن قال: أخشى أن أحلف ثم يدعي العدم كان له أن يشهد له خصمه أنه موسر وليس بعدم، فإذا أشهد بذلك حلف واستحق حقه، قال فإن ادعى بعد ذلك العدم لم يقبل وحبس حتى يؤدى، وإن شهدت له بذلك بينة لم يسمع منها، قال بعضهم: ومثل ذلك أنه لا يقبل قوله بالعدم ولا تسمع له بينة إذا بان من حال المطلوب الكذب، وإن لم يكن أشهد على نفسه بالمال مثل

الرجل يلتزم أداء الدين مناجمة ولم يتغير حاله ومثل من كان ينفق على ولده ثم يطلقه[١] وشهد له بالعدم، ذكر ذلك اللخمي فى «باب المديان».

الوكالة على الخصام، والإقرار، والصلح، والمقاصة

الوكالة جائزة فى كل شيء لا يجب على الإنسان فعله بالمباشرة،وإن كان عبادة كالزكاة. وشرط الموكل فيه أن يكون معلوماً باللفظ والعادة، فلو قال: وكلتك وسكت فليس بشيء حتى يقول: على جميع أمورى أو على كذا. وهى على ضربين: تفويض، وغيره، فأما التفويض فيمضى به عليه كل ما يكون نظراً للموكل، فإن لم يكن نظراً فلا يجوز عليه إلا أن ينص له على أنه يمضى عليه ما يكون نظراً أو غير نظر فيكون له ذلك ويقوم مقامه.

ويكتب فى وكالة التفويض: عقد فوض فلان إلى فلان فى جميع أموره وكافة شئونه أو أموره المالية كلها تفويضاً تاماً مطلقاً عاماً جامعاً لمعانى التفويضات ومستوعباً لفصولها لم يستثن عليه فعلاً ولا معنى من كل ما يجوز له فعله شرعاً إلا وأسنده إليه .وقدمه عليه على الكمال والتمام والاستمرار والدوام لا يوهنه طول أمر ولا تقادم عهد إلا الإعلان بالعزله، وقبل ذلك منه المفوض إليه، وعرفا قدره، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: إذا وقعت الوكالة على النص المذكور فإن الوكيل يقوم مقام الموكل فى جميع الأمور ما لم يكن غير نظر كما تقدم، ويبرأ الدافع له بإقراره بالقبض

---

(١) هذا الموضع فراغ بالأصل.

وإن لم يعاين الشهود الدفع بخلاف الوكيل المخصوص فإنه لا يبرأ من دفع إليه إلا بالبينة على الدفع، وكذلك أن يقدم عن موكله غيره بمثل ذلك أو بما يقتضيه رأيه من معانى التفويض المذكور، وقيل: ليس له أنه يفعل مثل ذلك حتى ينص له عليه، قال ابن رشد: ولا أعلم للمتقدمين فى ذلك نصا، واختلف أصحابنا المتأخرون فى ذلك، والأظهر أن له أن يوكل وإن لم يجعل له ذلك الموكل. فإن أراد الخروج عن الخلاف فى العقد فتكتب ما نصه: وجعل له ان يفوض عنه إلى من شاء بمثل ذلك أو بما شاء من الفصول المندرجة تحت عمومه والعزل والتبديل ما أحب.

وأما الوكيل المخصوص فليس له أن يوكل باتفاق إلا أن يجعل له ذلك الموكل واختلف فى هذا المفوض إليه هل ينعزل بموت الموكل أو يبقى حتى يعزله الورثة؟ على قولين بخلاف المخصوص فإنه ينعزل باتفاق.

ويكتب فى الوكالة المخصوصة: عقد وكل فلان فلاناً على طلب حقوقه واستخراج منافعه وقبض ما يجب له قبضه وإلا براء بعده والتكلم بالإقرار والإنكار والمرافعة إلى الحكام والسجن والسراح بالواجب وأخذ الضمان وحلهم وحوز الرهان وفكها، وتقاضى الأيمان، والبيع والابتياع للأصول وغيرها، والأخذ والإعطاء، وإنفاذ القسمة عليه فى كل مشترك من الأصول وغيرها بما يرى من وجوههما، والمصالحة عنه والمفاصلة والتنجيم والتأخير توكيلاً تاماً أقامه به مقامه فى ذلك وعوضاً منه، وجعل له أن يوكل عنه من شاء بمثل ذلك أو بما شاء منه، والعزل والتبديل ما أحب، وعلى الدوام فى ذلك كله والاستمرار، وقبل ذلك منه الوكيل، وعرفا قدره وشهد عليهما بذلك فى كذا.

ويكتب فى الوكالة على الخصام: عقد وكل فلان فلاناً على طلب حقوقه واستخراج منافعه وقبض مايجب له قبضه والإبراء بعده والتكلم عنه، وله بالإقرار والإنكار والمرافعة إلى الحكام والسجن والسراح بالواجب وأخذ الحملاء والرهان وتقاضى الأيمان من قبلها، وأخذ النسخ وإعطائها، وضرب الآجال والتزامها وإلزامها،وتقييد المقال، وتقريب البينات، والدفع فى الشهادات، وإثبات المنافع والإدلاء بالحجج وكل ما يولده الخصام وتضطر إليه الأحكام توكيلاً تاماً قبله منه الوكيل، وعرفا قدره وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: كل من يجوز تصرفه فله أن يوكل أو يوكل إلا الذمى مع المسلم، ففى «المدونة» لا يوكل الذمى على بيع أو شراء ولا يضع ولو كان عبداً وكرهه، وقال الشعبانى: الوكالات أمانات، وينبغى لأولى الأمانات أن لا يكونوا أولى الخيانات.

وكذلك وكالة الذمى المسلم هى مكروهة وإن كان يعلم أنه يطلب حقاً إذ فى ذلك صَغَار، فينبغى أن يتنزه عنه إلا أنه إذا وقع لم يفسخ.

وفى «مسائل ابن الحاج»: من وكل على قبض دين له صبياً قبل البلوغ فقبضه براءة للغريم لأن صاحب الحق رضى به وأنزله منــزلته ولا يوكل عدو على عدو.

وسئل ابن رشد فيمن وكل وكيلاً على الخصام فوكل خصمه وكيلاً آخر وبين أحد الوكيلين والوكيل الذى توكلا للآخر عداوة هل يمنع من توكيله؟

فقال: الذى أراه فى هذا أن لا يباح لأحد توكيل عدو خصمه على الخصام ولا عدو المخاصم عنه لأن الضرر فى الوجهين بين.

وفى كتاب «الاستغناء»: من عزل وكيله وأراد خصمه توكيله فأبى الآخر ذلك لما اطلع عليه من عداوته ووجوه خصومته فإنه لا يقبل قوله وله أن يوكل إن شاء، ولابد فى وكالة الخصام أن يذكر فيها الإقرار والإنكار، فإن لم يذكر ذلك، فقال ابن العطار: لا يقبل حتى يجعل إليه ذلك، وقال أصبغ: يعمل الحاكم الوكالة وليردها ولم يجعل له ذلك، قال ابن رشد وقد نزلت فقضى فيها بأن لا يقبل إلا أن يحضر مع وكيله ليقر بما يوقفه عليه خصمه ويكون فى وقت الحكم قريباً من مجلس الحكم، ذكر ذلك فى آخر البضائع، وهو خلاف ما ذكر فى آخر «نوازل أصبغ» من البضائع ويلزم الموكل ما قال عنه وكيله إذا جعل له الإقرار والإنكار وكان له أو عليه، قال بعضهم: إن كان الوكيل قد قبض المال لزم الموكل ذلك وسقط عن خصمه وهو بمنزلة إقرار الموكل لنفسه كما يلزمه سائراً إقراره، وذلك فيما كان بعد توكيله فأما إن كان ذلك قبل توكيله لم يقبل قوله ولا جازت شهادته، من «الاستغناء»، قال ابن سهل: ورأيت فقهاء طليطلة يذهبون إلى أن من وكل وكيلاً على المخاصمة عنه والإقرار والإنكار فأقر عليه أنه وهب داره لزيد أن ذلك لازم له،وانكر ذلك ابن عتاب، وقال: إنما يلزم إقراره فيما كان من معنى المخاصمة التى وكل عليها، وهذا هو الصحيح، وفى «الشفعة» من «المدونة» قال ابن القاسم: من وكل على قبض سلعته فأقر عليه أنه سلمها فهو شاهد للمشترى، وقال ابن عبد البر فى «الكافى»: واختلف قول مالك -رضى الله تعالى عنه- فى إقرار الوكيل فى الخصومة على موكله فمرة

أجازه ومرة أباه، وقال: لا يلزم، وجرى العمل عندنا على أنه إذا جعل الموكل للوكيل الخصومة لزمه ما أقر به عند القاضى، وزعم ابن خويز منداد أن تحصل مذهب مالك -رضى الله عنه- أنه لا يلزم إقراره وهذا فى غير المفوض إليه، قال: وقد اتفق الفقهاء فيمن قال ما أقر به على فلان فهو لازم لى أنه لا يلزمه وأما الإقرار على اليتيم أو الصغير ففى «كتاب ابن سحنون»: لا يجوز إقرار والد الصبى ولا الوصى عليه بغصب ولا دين لأن مداينته لا تلزمه وهو شاهد عليه، وكذلك على من فى ولاية من مغلوب على عقله أو غير ذلك وتضمنت بعض «وثائق ابن الهندى» توكيل الوصى عن المحجور الإقرار، قال ابن عتاب: خطأ ذكر ذلك فى «أحكام ابن سهل»، وسئل ابن رشد فى وكيل قيدت عليه مقاله بإقراره على موكله الذى وكله فلما طلب بذلك الإقرار استظهر موكله بعزله عزلة قبل الإقرار دون أن يعلم الوكيل بشىء من ذلك، فقال: ما تقيد على الوكيل لازم لموكله إلا أن يكون عزله قبل مناشبة الخصام عزلاً أعلن به وأشهد عليه ولم يكن منه تفريط فى تأخير إعلانه، وأما بعد مناشبة الخصام أو قبله فلا يجوز عزله إذ لو جاز ذلك لم شاء أحد أن يكون يوكل وكيلاً على الخصام ويشهد فى السر على عزله إلا فعل هذا الذى أقول به ولا يصح سواه على أصولهم ولا يلتفت إلى ما يؤثر فى ذلك من خلال.

وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا وكل رجل رجلاً فى مجلس القاضى على أن يبيع عليه ويفاصل فى بلد آخر فذهب الوكيل بالتوكيل إلى تلك البلدة ففاصل وباع ثم إن الموكل استظهر بأنه عزله بعد أن وكله، فلا يلتفت إلى هذه العزلة وينفذ عليهما عمل الوكيل إلا أن يعلن بعزله أو يعزله فى مجلس القاضى فلا يمضى عليه

فعله لأن عزله في السر من الخدعة والقصد إلى الغش فلا يلتفت إليه، ولا يعمل به، وإذا كان التوكيل على الخصومة فتكلم مع خصمه، وجالسه عند الحاكم ثلاث مرات فأكثر فليس له عزله، وكذلك إن ظهر الحكم ووجب فى دون ثلاثة مجالس، فليس له بعد ذلك أن يوكل إلا من عذر سفر أو مرض، وفى «الحاضر» لابن حارث: وإن أراد الخصمان أو أحدهما التوكيل فى أول مجلس جلسا فيه، ففى ذلك اختلاف بين الفقهاء، فمنهم من يرى ذلك، ومنهم من لا يرى ذلك إلا بعد أن ينعقد بين المدعى والمدعى عليه ما يكون منه من الإقرار والإنكار ثم يوكل بعد ذلك، وهو الصحيح، وكان سحنون لا يبيح الوكالة للمطلوب، وإذا كان التوكيل على الخصام فخاصم فى قضية فطال الخصام فيها واتصل فلا يحتاج إلى تجديد الوكالة فى ذلك، وإن اتصل الخاصم سنين ولم يذكر فيها على الدوام، وإن مات الموكل وهو قد أشرف على إتمامها فله ذلك، وليس للورثة عزله، فإن انقضت تلك القضية وأراد أن يخاصم عنه فى غيرها فله ذلك إذا كان يقرب الخاصم الأول كالستة الأشهر ونحوها، وإلا فلا يكون له ذلك إلا أن يجدد له أو يكون على الدوام. قال ابن رشد: ولا اختلاف أن للموكل أن يعزل الوكيل متى شاء وأن للوكيل أن ينحل عن الوكالة متى شاء إلا فى الوكالة على الخصام فليس للوكيل أن ينحل عن الوكالة بعد أن انتشب الخصام ولا لموكله أن يعزله عنها قبل تمام الخصام، وقال غيره: الوكالة على ضربين بعوض، وبغير عوض، فإن كانت بعوض وكانت على وجه الإجارة بأجرة معلومة على عمل معلوم لزمت الفريقين، وإن كانت على وجه الجعل، فقيل: هى لازمة كالإجارة وقيل: تلزم الجاعل والمجعول له بالخيار قبل العمل: وقيل: كل منهما

بالخيار قبل العمل، فإن شرع فى العمل سقط خيار الجاعل ويبقى الآخر بالخيار، وإن كانت بغير عوض فهى غير لازمة للموكل، وله أن يعزله قبل العمل وبعده، واختلف فى الوكيل فقيل: هو بالخيار بين التمادى والترك، وهو قول مالك، وإليه ذهب أبو الحسن بن القصار وغيره من البغداديين، وقيل: يلزمه ذلك ولا خيار له؛ انظر ذلك فى «الوكالة» من «التبصرة»، ومن وكل وكيلاً عن غيره بما جعل له فلا ينعزل الوكيل الثانى بموت الذى وكله وينعزلان معاً بموت الموكل الأول، وإذا عزل الموكل الوكيل وهو غائب أو مات فهل ينفذ ما تصرف فيه ما بين موت الموكل وعزلته من بلوغ ذلك إلى الوكيل أم لا؟ فى ذلك قولان، وليس للوكيل أن يفعل شيئاً مما لا تقتضيه وكالته بإفصاح أو تبيين ووكيل البيع مقدم على القبض باتفاق، فإن قدمه على الشراء فاشترى له مالاً يليق فقولان، فإن قال له: بع نسيئة بكذا فباع به نقداً أو عكس ذلك فى الشراء فقولان، ورجح بعضهم منهما الجواز، وكذلك إن قال له: بع دنانير فباع بدراهم أو العكس فقولان، ولا يجوز بيعه بعرض ولا نسيئة ولا بغبن فاحش إلا أن يأذن له فى ذلك ولا يبيع من نفسه ولا ولده ولا يقيمه ولا يشترى، وقيل له ذلك، وإذا اشترى شيئاً فألفى به عيباً فله الرد وإن كان الوكيل علم بالعيب فلا يلزم الموكل إلا أن يكون يسيراً أو يكون الشراء نظر أو يبقى للوكيل وعلى الوكيل المفوض إليه العهدة واليمين كالوصى وغير المفوض إليه إن صرح بالوكالة أو علمت فلا عهدة عليه وإلا فهى عليه حتى يتبين أنه وكيل، فإن تبين فلا شىء عليه، وأما النخاسون والسماسرة فلا شىء عليهم بوجه وتباعة ما يبيعونه على صاحبه إن عرف وإن لم يعرف كانت مصيبته من المشترى، قال ابن الحاج فى

«مسائله»: وإذا ابتاع رجل ثوباً أو سلعة من دلال معروف بالدلالة والبيع للناس ثم استحقت السلعة من يد المشترى فطلب الدلال بثمن السلعة إذ هوَ الذى قبضه منه و لم ير صاحب السلعة، فالواجب أن يكلف إحضار البائع، فإن قال: لا أعرفه أو طلبته فلم أجده حلف على ذلك و لم يلزمه غرم الثمن،وكان ينبغى له أن يحضر صاحبها ويدفع إليه الثمن وللمشترى أن يفعل ذلك، فإذا لم يكن فالواجب ما قلناه ولا يبرأ من دفع إلى الوكيل المخصوص إلا بمعاينة الدفع، فإن كان ذلك بإشهاده على نفسه بالقبض أو بإقراره بالقبض فلا يبرأ بذلك الدافع إلا فى الوكيل المفوض إليه أو الوصى،ويكون لصاحب الحق أن يأخذ ذلك من الغريم، فإذا أخذه منه فلا يرجع هو به على الوكيل، وفى كتاب «الاستغناء»: إذا قام رجل على رجل فى مهر أو دين فادعى وكالة صاحبها وأقر بالمهر والدين والوكالة أنه يلزم دفع ذلك إليه، فإن قام صاحب الحق عليه بذلك قضى له به لأنه إنما يقضى عليه أولاً بإقراره والمصيبة منه،وفيه أيضاً لو وقفك رجل إلى حكم فى حق قبلك لغيره فأقررت أن صاحب الحق أمرك بالدفع إلى هذا ولكنك تخاف أن يجحدك فتضمن لم يقض عليك بالدفع، ولو أقررت أنه قد جمع بينكما وأمرك بالدفع إليه قضى عليك به لأنه من باب الضمان، وإن لم تزد على أنك قلت: أمرنى بالدفع إليك فلا يقضى عليك إلا ببينة على الإذن إلا أن تقر أنك رضيت بالدفع إليه فيكون من باب الضمان، قال المحتج: لو قال رجل للحاكم لفلان على دين وقد أمر هذا بقبضه لم ينبغ أن يحكم عليه به ولا يدفعه إلى الثانى بقوله لأنه مقر على رب الدين وذلك غير لازم له، وفى «الأحكام» لابن عبد الحكم: إذا كان لرجل على رجل حق فكتب إليه كتاباً يأمره فيه

بدفعه إلى الذى يوجهه بالكتاب فقال الذى قبله الحق: أعرف الكتاب وهو خطه ولكنى لا أدفع لك شيئاً فذلك له ولا يحكم عليه بدفعه ولا يبرئه إن أنكر صاحب الكتاب، وكذلك لو قال: أمرنى أن أدفع إليك ذلك ولكن لا أفعل لأنه لا يبرئه ذلك إن أنكر الذى له المال أو مات، ورأيت لسحنون أنه يقضى عليه بذلك لإقراره بأمر صاحب المال له، من «أحكام ابن سهل»

وفى «مسائل ابن الحاج» فيمن كان عليه حق لرجل فجاء رجل، فقال: وكلنى صاحب الحق على قبضه منك وصدقه الذى عليه الحق فى أنه وكيله ولم يكن على الوكالة بينة، فالصحيح عندى أن الذىعليه الحق لا يجبر على تسليم ذلك إلى الوكيل، ولست أعرفها منصوصة فى المذهب، وبذلك قال الشافعى — رضى الله تعالى عنه- والوكيل أمين كان بأجرة أو غيرها، فإن ادعى دفع ما قبضه إلى موكله، قال ابن رشد: فاختلف فى ذلك على أربعة أقوال:

أحدها: أن القول قوله جملة من غير تفصيل، الثانى: أنه غارم حتى يقيم البينة على الدفع وإن طال الأمر إلا أن يكون مفوضاً إليه. فإنه يصدق فى القرب مع يمينه، وفى البعد دون يمين، وهو قول أصبغ، والثالث: أن المفوض إليه وغير المفوض إليه سواء وإن كان ذلك بالقرب صدق مع يمينه، وفى البعد دون يمين، وهو قول ابن الماجشون وابن عبد الحكم، والرابع: وهو قول مطرف عن مالك أنه إن كان بقرب ذلك كالأيام اليسيرة فالقول قول الموكل وإن تباعد كالشهر ونحوه فالقول قوله مع يمينه وله رد اليمين، وفيما يعذ دون يمين، قال ابن حبيب: ولو أقر أن ذلك عنده عند سفر أو مرض أو دون ذلك ثم اختلف فالقول قول الموكل لأنه بإقراره صار كالدين قبله، فإن أنكر الوكيل القبض وقامت له بينة،

فقال: سلف أو وديعة لم يقبل قوله إلا ببينة، وكذلك أيضاً يصدق فيما ادعى تلفه إذا ادعى ذلك بوجه شبهة ولم يكن منه تضييع ولا تفريط مع يمينه على ذلك، والموكل مطالب بما يلزمه، فإن باع سلعة بثمن قبضه وضاع عنده ثم ردت عليه بعيب فيرجع على الموكل بالثمن وعليه أداؤه وله أخذ الضمان إذا وكله على البيع لأنه من التوثق للآمر، فإن أخذ رهناً فضاع عنده فضمانه منه إلا أن يعلم به الآمر ويرضى به فيكون ضمانه من الآمر، وإذا ضيع الوكيل الإشهاد على من باع منه سلعة أو دفع له ديناً فقبض ذلك فهو ضامن، وكذلك من أبضع معه شيئاً ليوصله إلى عياله أو غيرهم فزعم أنه دفعه وأنكر ذلك المبعوث إليه فهو ضامن حتى يقيم البينة على الدفع، وهذا سبيل من بعث معه بشيء إلى قريب أو بعيد، وقال أصبغ عن ابن القاسم: القول قول الآمر والمأمور ضامن ثم لا رجوع له على القابض، وقال ابن الماجشون: له أن يرجع عليه إذا أخذ منه، وقال ابن القاسم: القول قول المأمور، قال ابن رشد فى كتاب «البيان» له: إذا اختلف الآمر والمأمور فإن القول قول المأمور فى قول أشهب، وهو قول ابن القاسم أيضاً، وروايته عن مالك فى «المدونة»، وقد روى عن مالك أن القول قول الآمر، ذكر ذلك أصبغ فى «نوازله»، وأن ذلك كان قوله الأول ثم رجع عنه، فإذا دفع إليه سلعة ليبيعها فباعها بما يشبه وادعى الآمر أنه أمر ببيعها بأكثر فإن القول قول المأمور إلا أن تكون السلعة قائمة لم تفت فيكون القول قول الآمر، وكذلك إذا أمره بشراء شيء فى صنفه أو صفته أو غير ذلك فالقول قول المأمور، وكذلك إن أمره بالدفع إلى فلان، وقال المأمور: إلى غيره، فالقول قوله، قال: فإذا قال صاحب المال: أمرتك أن تشترى لى به كذا، وقال المأمور: أمرتنى

أن أدفعه إلى فلان، فإن هذا ينبغى أن يكون القول فيه قول الآمر لأنه لم يقر أنه أمره أن يدفعه إلى احد فالمأمور مدع وفى رسم لم يدرك أنه إذا قال: أمرتك أن تدفعه إلى أهلى، وقال المأمور: أمرتنى أن أرسل به وقد فعلت أنه يحلف على ذلك، ولا يكون عليه شىء، وهو قول فيه نظر لأن الآمر لم يقر أنه أمره أن يدفعه إلى آخر فكان القياس أن يكون القول قول الآمر، والله اعلم.

وأجمع مالك وأصحابه أن للطالب والمطلوب أن يوكل كل واحد منهما عن نفسه على صاحبه حاشى سحنون فإنه كان يرى منع المطلوب من ذلك ورآه من اللداد، وإذا غاب الموكل وشهد عند القاضى بالتوكيل وطلب الغريم أن يعذر إلى الموكل فى الوكالة قال ابن الحاج: فإن كان الموكل قريب الغيبة الثلاثة الأيام فدون كتب إليه وأعذر إليه، ويلزم الغريم ضامن بالمال خلاف ذلك، وإذا كان بعيد الغيبة حكم على الغريم بالدفع من غير إعذار، وسئل ابن رشد فى أصحاب جنات تسقى من سقاية أخرى لقوم عليها أرحى فقام بعض أصحاب الجنات على بعض أصحاب الأرحى هل يلزم الحاكم أن يجمع كلهم فينظر فى أمرهم نظراً واحد؟ فقال: لا يلزم الحاكم أن يجمع أصحاب الجنات وإن علم أن دعواهم مثل دعوى القائم عليهم عنده، ويلزم أن يحكم للقائم عنده بما يوجبه الحق له فى مطلبه، فإن كان الحاكم له وعليه فى ذلك لا يختص به دونهم كان من حق المقوم عليه ان يوقفهم، فإن أدعوا مثل دعواه، قيل لهم: اجتمعوا على وكيل يخصم عنكم أو تجتمعون جميعاً فتدلون لحجتكم معاً، وليس لكم أن تتعاوزوه بالخصام إذا غاب هذا حذر هذا.

وسئل فى ورثة قاموا بطلب دين لمورثهم على رجل، فقال لهم: اجتمعا على وكيل؟ فأجاب: من حق المطلوب ما دعا إليه أن يجتمع الورثة لخصامه فيدلون لحجتهم معاً أو يجتمعوا على وكيل يوكلونه عن جميعهم إذ ليس لهم أن يتعاوزوه بالخصام.

وفى كتاب «الاستغناء» إذا طلب حبس لله أو محجة أو قنطرة أو مسجد بمطلب وجب للحاكم أن يجعل له خصماً يدفع عنه، فإن وجب عليه حق قضى به وإلا فلا،وإذا قام رجل بحبسه فى شيء فليس له أن يوكل فى ذلك، وإنما يتكلم بنفسه أو يترك، وقد يحتمل جواز ذلك عند العذر وشبهه، ذكر ذلك ابن الحاج فى «مسائله»، وقال فيها أيضاً: الغائب والصغير، قال ابن القاسم: ينظر لهما القاضى ولا يقيم وكيلاً، وقال أصبغ: يقام لهما وكيل مأمون، وهذا فى الدعوى على الغائب، وأما فى الدعوى له فلا يصح إلا بوكالة منه إلا أن يغصب له شيء فى غيبته أو يأبق له عبد أو ما أشبه ذلك من الأمور التى يعلم أنه تعدى عليه فينظر له من غير وكالة، وإن كان له مال على من يخشى فقره أو على من أراد السفر إلى موضع بعيد أو له طعام يخشى فساده نظر له فى ذلك كله، وقال ابن رشد فى «مسائله»: لا يمكن القاضى القريب من المخاصمة عن قريبه بدون وكالة، وإنما يمكنه من إثبات حقه فى ذلك والتحصين له بالإشهاد عليه مخافة أن تغيب البينة أو لغير ذلك، قال: وكذلك أصحاب المواريث لا يمكنون من الخصام فى شيء يدعونه لبيت المال من غير أن يجعل لهم ذلك إلا أن يريدوا إثبات ذلك وتحصينه دون مخاصمة من هو بيده، قال فى التعقب: الصواب أن الأب والابن يمكنان من الإثبات والخصومات عن الغائب ومن عداهما لا يمكنون

إلا من الإثبات لا غير، ولا يمكنون من الخصومات وظاهر الروايات أن الأجنبي لا يمكن من شيء، قال ابن رشد: وما قبض وكيلَ الوكيل من مال موكل موكله فيلزمه دفعه إلى من أراد قبضه منه من موكله أو صاحب المال، وليس له أن يمتنع من ذلك ويبرأ بدفعه لمن دفع منهما، ومن وكل وكيلاً على النظر فى غلاته وماله وغاب ثم قدم وقد مات الوكيل حلف المكترون لحوانيته ودوره وكان القول قولهم، ورجع به فى مال الوكيل إلا أن يذكر لذلك شيئاً قبل موته من تلف أو إنفاق بعرف،وكذلك الوصي، وإذا شهد شاهدان بمعرفة الوكالة ولم يبينا فى شهادتهما أن الموكل أشهدهما به فشهادتهما ساقطة لا يعمل بها.

فصل

والإقرار بالمال وغيره لازم إذا لم يكن تحت الإكراه والخوف، قال ابن عبد الحكم: والإقرار على أضرب فمنه ما يلزم المقر فى بدنه ومنه ما يلزمه فى ماله ومنه ما يلحق به النسب، ومنه ما يظن به عن فعله مما يوجب أمراً على غيره وغير ذلك من الوجوه، فكل ما أقر به المرء على نفسه وهو طائع غير مكره ولا خائف ولا متهدد فما أتلفه على غيره من عين أو عرض أو جرح عمد يقاد منه أو لا يقاد منه من المتألف أو بمداينة أو ضمان وشبه ذلك فذلك يلزمه، وما أقر به على نفسه مما يلزمه فى بدنه قصاص أو عقوبة أو حد يجب للآدميين، فذلك يلزمه، ولا ينفعه الرجوع عنه، ومنه ما يلزمه ما لم يرجع عن إقراره مثل حد الزنا والسرقة، فيقال: إذا رجع عما لله فى ذلك ويلزمه ما للآدميين من مال أو من صداق فى غصب امرأة وما أقربه على فعله مما يوجب أمراً على غيره مثل

إقراره بقتل الخطأ وما فيه ثلث الدية من الجراح فلا يلزم وما كان دون الثلث لزمه فى ماله، وما أقر به من ولد استلحقه والولد صغير أو كان كبيراً فصدقة فهو لاحق به، وأما إقراره بأخ أو ابن عم ونحوه فلا يوجب ذلك النسب ويوجب له الميراث، قال أبو عمر فى «الكافى»: وكل من أقر لوارث أو لغير وارث فى صحته بشىء من المال والديون والبراءة وقبض أثمان المبيعات، فإقراره جائز عليه لا يلحقه فيه تهمة ولا يظن به توليج والأجنبى والوارث فى ذلك سواء، وكذلك القريب والبعيد والعدو والصديق فى الإقرار فى الصحة سواء، ولا يحتاج من أقر وأشهد على نفسه فى الصحة ببيع شىء، وقبض ثمنه إلى معاينة قبض الثمن إلا أن يكون المقر له ممن يعرف بالقهر والإكراه والتعدى، ويأبى من غير ذلك ممن يعرف به صحة تهمة فيلزمه اليمين حينئذ بأنه دفع من الثمن ما شهدت به بينته ويصح الإقرار للعبد وللحمل، وإذا أكذب المقر له المقر فيما أقر به بطل ثم لا يصح له إلا بإقرار آخر. ويصح بالمجهول فإن قال: له على شىء قبل تفسيره وإن كان قليلاً ويسجن حتى يفسر. إذا أقر رجل لآخر بمائة دينار فى موطن وأشهد له شاهدين ثم أقر له فى موطن آخر بمثلها وأشهد له شاهدين، فقال المطلوب: هى مائة دينار واحدة، وقال الطالب: هى مائتان، فإن كان الإقرار فى غير كتاب بذكر حق فإنه إقرار واحد يؤخذ بمائة واحدة فى قول سحنون، وفى قول غيره: يؤخذ بمائتين، وفرق أصبغ فى ذلك، فقال: إن كان المال الذى أقر به آخراً أقل من الأول حلف المطلوب وكان القول قوله، وإن كان أكثر من الأول فإنهما مالان، وذكر سحنون أن قول مالك اضطرب فى هذه المسألة والذى رجع إليه أن القول قول المطلوب وهو الأولى وعن ابن

القاسم وأصبغ لو أقر لك باثنى عشر ديناراً فثبت قبضك تسعة دنانير بينة وإقرار وله بينة بأداء ثلاثة فزعمت أنها من التسعة فالقول قوله بأنها سواها، ويبرأ من الجميع، وقال عيسى فى كتاب «الدعوى والعلم»: لو شهد رجلان أن رجلاً أشهدهما يوم السبت بمائة دينار لرجل وشهد آخر أشهدهما يوم الاثنين بمائة دينار لذلك الرجل أنه إن أقر المشهور منه عليه بشهادتهم وزعم أنها مائة واحدة أشهد بها يوماً بعد آخر حلف على ذلك وصدق إلا أن يكون أشهدهم فى صكوك مختلفة أو يكون الشهود عليه فى الأيام الثلاثة رجلين لا غير، فيحلف طالب الحق مع ذلك أو يكون اثنان شهدا أنه أسلفه إياها بحضرتهما فى يوم وقبضها لنفسه فى يومين وشهد آخران بمثل ذلك ليوم آخر وشهدوا كلهم أنها من بيع، وسمى كل رجل سلعة غير الأخرى فيعرف بذلك أنها ثلاثمائة وإلا فيمينه، وتكون مائة واحدة، فقال. والدليل على هذا فى رسم بعدها إذا ادعى رجلا على رجل بمائة دينار فأقر له بها وادعى القضاء فأتى بشاهدين أنه قبض منه خمسين وبشاهدين آخرين أنه قبض منه خمسين، فقال صاحب الحق: هى خمسون واحدة قبضتها من المائة وأشهدت له بها قوماً بعد قوم، قال ابن القاسم: هى خمسون واحدة إلا أن يكون أشهدهم فى براءتين، وانظر فى رسم الرطب فى شريكين تحاسبا فكتب أحدهما لصاحبه براءة من آخر حق له قبله ثم جاء بذكر حق آخر لم يقع اسمه فى البراءة، فادعى أنه قد دخل فى البراءة، فقال: يحلف ويبرأ وفيه فيمن كان عليه دين فكتب براءة من ذكر حق له قبله ثم جاء بذكر حق لا يعلم أقبل البراءة هو أم بعدها، فإن كان حياً حلف وبرئ، وإن كان ميتا فلا شيء عليه، وفى «الكافى» لأبى عمر: من قال: لا حق لى على لأن أبرئ

فلان من الحقوق الواجبة من الضمانات والديون وإن قال: لا حق لى عنده أو قبله برئ من الضمانات والأمانات، ومن سئل عن شيء، فقال: هو لفلان لم يلزمه بهذا الإقرار شيء بخلاف إذا قال بعته من فلان أو وهبته لفلان، فإن ذلك لازم له، وفى كتاب «الاستغناء»: إذا قال الرجل فى شيء يعرف له هذا كرم ولدى أو دابة ولدى فليس بشيء، ولا يستحق منه شيء للابن صغيراً كان أو كبيراً إلا بإشهاد بصدقة أو عطية او بيع، وكذلك المرأة، وقد يكون هذا كثيراً فى الناس فليس هذا بشيء فى الولد ولا الزوج، وفى «العتبية» وكتاب «ابن المواز» قال أشهب عن مالك فيمن اشترى مالاً فسأل الإقالة، فقال: تصدقت به على ابنى فلان ثم مات الأب فلا شيء للابن بهذا، وليس بقاطع، قال عنه ابن القاسم: وكذلك إذا سئل أن يكرى منزله من رجل فقال هو لابنتى حتى أشاورها ثم مات فقامت الأبنة، فإنه لا ينفعها ذلك إلا أن تكون حازت ذلك بصدقة ببينة، وكذلك إن كانت صغيرة فى حجره، وكذلك إن سأله ابن عمه أن يسكنه منزلاً أو غير ذلك مما يكون على وجه الاعتذار فلا يلزمه، وروى عيسى عن ابن القاسم فيمن قيل له: أتبيع جاريتك، فقال: هى لزوجتى أو لرجل أجنبى ثم يدعى ذلك من أقر له فى حياته أو بعد موته فلا شيء لهما إلا أن يأتيا ببينة عليه بصدقة أو هبة قد حيزت، ومن أقر على وجه الشكر فقال: أشهدوا أنى قبضت من فلان مائة دينار كانت لى عليه وأحسن قضائى جزاه الله خيراً، فقال الدافع: أسلفته إياها وما كان له على شيء، فروى عيسى عن ابن القاسم فى «العتبية»: أن الذى قال: أسلفته مصدق إلا أن يأتى الآخر ببينة، وأنه كان يتقاضاه فى دينه قبل ذلك، وقاله المخزومى، وقال ابن حبيب فى كتابه: من أقر بحق عند قوم فى

مساق حديثه لهم على وجه الشكر لمن أسلفه وقضاه من أمر قد مضى أو غير ذلك من الحقوق ثم قام المقر له فقال لم أقبض فلا يلزمه هذا إذا جرى على هذا الوجه، ولا ينبغي لقوم أن يشهدوا به، فإن جهلوا ونقلوه على جهته ومسافه لم ينبغ للسلطان أن يأخذ بذلك، وقاله مالك، وجميع أصحابه، وأخبرني أصبغ عن ابن القاسم عن مالك -رضى الله تعالى عنه- مثله فيما طال زمانه أو قرب، وقال عن ابن الماجشون، فيمن قال لقوم أسلفني فلان مائة دينار فقضيته إياها أنه مصدق ولو قال ذلك عند السلطان لم يصدق إلا ببينة،و الفرق بينهما أن ما كان من أمر جره الحديث والإخبار على وجه الشكر أو الذم فلا يؤخذ به أحد بخلاف إذا تقاعدا عند السلطان، فقال: أسلفني وقضيته فلا يصدقن وروى سحنون عن ابن القاسم فيمن قال كان لفلان على دينار فأساء تقاضيه فلا جزاه الله خيراً، فقال المقر له: ما تقاضيته منه قال فيغرم المقر بخلاف الذى يقر على وجه الشكر، وكذلك ذكر ابن سحنون عن أبيه عن ابن القاسم فيمن قال لقوم اشهدوا أن لى على هذا الرجل كذا والرجل ساكت و لم يسأله الشهود عن شيء فلما طولب أنكر، قال: هذا يلزمه لسكوته ومن زرع أرض رجل وادعى أنه اكتراها وربها ينكر فإنه إن علم ربها بها حين زرعها فلم ينكر فليس له إلا ما أقر به مع يمينه إن كان يشبه كراء مثلها، وكذلك من كان له دين على تركة فقسمت التركة وهو حاضر ساكت، فذلك يبطل دعواه فيالدين، ذكره ابن حبيب عن مطرف ولابن القاسم مثله، قال مطرف إلا ان يكون له عذر أو لم يجد عقد أو خوف سلطان أو شبه ذلك فإنه يحلف أنه ما كان تركه للقيام إلا لما يذكر ويأخذ حقه، قال بعضهم: فهذه المسائل التى يكون السكوت فيها

كالإقرار كالسكوت عن البيع والهبة، وروى عن ابن القاسم فيمن قال لرجل فلان الذى فى مترلك ساكن لم أسكنته؟ فقال: أسكنته بلا كراء والساكن يسمع ولا ينكر ولا يغير هل يقطع سكوته دعواه إن ادعى المترل، فقال: لا يقطع ذلك دعواه إن ادعى المترل له فهو على حقه ولا يحلف لأنه يقول ظننت أنه لاعبه، وقال: فيمن سئل عند موته هل عندك لأحد شيء؟ فقال: لا، فقيل: ولا امرأتك؟ فقال: لا والمرأة ساكتة لا تذكر حقها، فإنها تحلف أن حقها عليه وتأخذه إن شهدت لها به بينة ولا يضرها سكوتها.

ويكتب شجرة إلى سحنون فيمن أوصى بعتق أمته وهى حاضرة ساكته تسمع لا تدعى الحرية، فلما مات الموصى قالت: إنها حرة فلا يضرها سكوتها، قال ابن رشد فى «البيان» له: واختلف فى السكوت هل يكون إذناً بالشيء وإقراراً به أم لا؟ على قولين مشهورين فى المذهب منصوص عليهما لابن القاسم فى غير ما موضع:

أحدهما: أنه إذن، والثانى: أنه ليس بإذن وهو الأظهر إلا ما يعلم بمستقر العادة أنه لا يسكت عليه إلا راضياً به كالذى يرى حمل امرأته فلا ينكر ويسكت ثم ينكر بعد ذلك، واختلف فى الشهادة على الإقرار، فقيل: لا تسوغ الشهادة حتى يشهدهم المقر، وقيل: يشهد الشهود بما سمعوا وإن لم يشهدهم المقر إذا استوعبوا المجلس بكامله ولم يفهم من كلام المقر شيء ويحكم عليه بذلك، وهذا الذى جرى به العمل.

ويكتب فى ذلك: عقد حضر شهوده موطناً من أوله إلى آخره سمعوا فيه فلاناً يقول: إن قبله لفلان كذا من وجه كذا، ووعوا ذلك من إقراره وتحققوه، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا، ويعرفون من ذكر فى التاريخ فإن كان المقر قد تكلم بكلام قبل ذلك أو بعده فأتى الشاهد بسماعه فلا ينبغى أن يشهد إذ لعله كان فيه ما يبطل ما سمع، ولا تقبل فى ذلك شهادته، وإن كان الإقرار بمجلس القاضى فلا إعذار فى الشهود بوجه وقد تقدم ذلك.

ومن أقر فى دار فى يديه أن لرجل فيها حقاً ولم يسمه فإنه يجبر أن يسمى من ذلك ما شاء، ويحلف إذا ادعى الطالب أكثر من ذلك، وكذلك إن أقر بحق فى أرض أو عبد أو ثوب فى يديه فإن تمادى على الإنكار سجن أبداً حتى يضطره السجن إلى الإقرار، فإن فسر الحق فى الدار بجذع أو باب، فقال سحنون مرة: يصدق ثم رجع، فقال: لا يصدق، قال الأبهرى: وإذا شهد الشهود على رجل بحق لا يعرفون عدده فاليمين على المدعى عليه، فإن أقر بشىء أحلف وبرئ لأن الشهود لم يعينوا شيئاً ولا حدوده فشهادتهم مجهولة، ولا يحكم بها، ولو قالوا: نشهد بدنانير ولا نعرف عددها جعلت ثلاثة ثم حلف على شهادتهم لجواز أن تكون أكثر من ذلك بخلاف إذا شهد على رجل أن قبله حقاً لا يدرون كم هو فإنه لا يجب على المدعى عليه إلا اليمين بخلاف الدعوى وشهادتهم ساقطة، وكذلك إذا شهد على رجل أن قبله مائة دينار لرجلين ولم يعرف الشهود لمن هى منهما وهو منكر فلا يلزمه شىء ويحلف ما لهما عنده شىء إن ادعى ذلك ولم يقر وسقطت الشهادة عنه، وهو بمنزلة العتق لو شهد أنه أعتق أحد عبديه هذين ولم يعينا من هو منهما وانكر ذلك السيد فلا شهادة لهما، قال أبو عمر

فى «الكافى»: فإن شهد لرجل على آخر بثمن سلعة باعها منه ودفعها إليه ولم يقفوا على مقدار الثمن، قيل له: أقر بما يثبت مما يشبه ثمن السلعة وأحلف عليه، فإن أبى حلف المدعى على ما يشبه ثمن السلعة واستحق ذلك، وفى «كتاب ابن حبيب» فيمن كان له دين فشهد عليه أنه قبض منه شيئاً لم يسمه الشهود أنه يحلف على ما يسمى من ذلك إن أقر بشىء، وإن أنكر حلف، فإن نكل لزمه الجميع،وبهذا أخذ ابن حبيب، وقال ابن الماجشون: الشهادة ساقطة حتى يسمى الشهود ذلك الشىء، وقال أصبغ مثله: وإذا أقر الرجل وهو بالغ عاقل أنه قد كان استهلك لرجل مائة دينار فى حال صغره أو جنونه غرمها لأن هذه أحوال يثبت معها حكم لزوم المال بالاستهلاك كما لو قامت له البينة بذلك لزمه الغرم، وكذلك الإقرار يلزمه ما يلزمه بالبينة، وإذا قال رجل لآخر: أقررت لك بألف درهم وأنا صبى، وقال الطالب: بل أقررت لى وأنت رجل فعند ابن القاسم أن القول قول المقر مع يمينه ولا شىء عليه، قال أهل العراق: وكذلك لو قال: أقررت لك فى نومى أو قبل أن أخلق كان ذلك كله باطلاً فى قول ابن القاسم وأهل العراق، ولا يلزمه عندهم شىء من ذلك وبه الحكم، وقال سحنون: يلزمه ما أقر ويعد ذلك منه ندماً، وإذا قال: أقررت لك بألف درهم وأنا ذاهب العقل من برسام نظر فإن كان يعلم أن ذلك أصابه صدق، وإن لم يعلم أن ذلك أصابه لم يصدق، وذلك قول أهل المدينة وأهل العراق.

وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا قال غصبتك ديناراً وأنا صبى، وقال الآخر: بل غصبتنيه وأنت بالغ فالقول قول المغصوب منه، وأنه يلزمه الغرم لأن الصبي يضمن فى ماله جميع ما أفسد وأتلف، وإذا قال: بعتك دارى وأنا غلام، وقال

المبتاع: بعتني وأنت رجل فالبينة على البائع انه باعها وهو غلام والبيع جائز حتى يفسده البائع، فقال له رجل: إن مالكاً قال: القول قول البائع فلم يلتفت إليه، والكوفيون يقولون مثل قول الإمام مالك، وإذا أقر الرجل بوديعة وادعى دفعها فإنه يصدق فى ذلك، ولو أقر بدين إلى رجل كان القول قوله إلا أن يأتى بمستنكر من الأجل، وقيل: إن القول قول المقر له ويحلف أنه حال ويأخذه، والأول أصح لأنه لو شاء لم يقر.

فصل

والصلح جائز باتفاق، قال رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»[1] وهو على نوعين على الإقرار وعلى الإنكار.

فأما الصلح على الإقرار فيعتبر فيه ما يحل ويحرم باتفاق كان من باب المعاوضة أو غيرها،

وأما الصلح على الإنكار فهو كذلك على المشهور المعلوم من أقوال العلماء وهو عند أصبغ من باب المعروف فيجيزه، وإن وقع حراماً، قال: لأنه وإن كان حراماً فى حق المدعى فهو هبة فى حق المدعى عليه المنكر فيجوز منه ما يجوز فى الهبة والمعروف، وليس العمل على قوله، قال القاضى أبو الفضل عياض فى «التنبيهات»: وإذا وقع الصلح من دعوى على إقرار وإنكار مختلط كمن يقر

---

(1) رواه الترمذى فى ((السنن)).

بعض حق وينكر بعضه فهو كالصلح على الإقرار، وكذلك إن كان عن سكوت من المطلوب فهو جائز وحكمها حكم الإقرار، ويجوز فيهما ما يجوز فيه، ويمتنع فيهما ما يمتنع هنالك. وأما المكروه الذى ليس بحرام فهو جائز ويمضى، قاله مطرف وغيره، وقال ابن الماجشون: يفسخ على القرب ويمضى إذا طال، قال ابن حبيب: وبقول مطرف أقول، وإذا وقع الصلح على وجه يسوغ فلا يجوز للمتعاقدين نقضه وإن حاولاه وذهبا إلى ذلك، ويجبران على إمضائه، فإن وقع الصلح على الإنكار ثم أقر المنكر بما أنكره بعد الصلح فلصاحبه نقض الصلح والرجوع إلى طلب حقه بلا خلاف، فإن ثبت ذلك له ببينة لم يعلم بها، ففى «المدونة» له نقض الصلح والرجوع فى طلب حقه، قال بعضهم: وذلك بعد أن يحلف أنه لم يعلم بها وتكون يمينه بعد قبول الحكم لهما، وقيل: لا رجوع لهما وإن كان عالماً بها، فقيل: له الرجوع أيضاً ما لم يصرح بإسقاطها، وقيل: لا رجوع له صرح بإسقاطها أم لا إلا أن تكون بعيدة، ويشترط القيام بها متى حضرت فله ذلك باتفاق، قال ابن مغيث: والصلح على الإقرار اتفق المسلمون على جوازه وتنازعوا فى جوازه على الإنكار، وممن منع منه الشافعى وابن أبى ليلى -رضى الله تعالى عنهما- قالوا لأنه يقع على حال لا يجوز فيها صلح، وأجاز ذلك مالك -رضى الله تعالى عنه- وجميع أصحابه وبه مضى العمل وما أسقط فى الصلح على وجه الإنكار فلا يحل للظالم، وما أسقط على وجه الإقرار فهو لازم سائغ لمن أسقط له ولا رجوع فيه للمسقط. والصلح دائر بين خمسة أمور البيع إن كان المعاوضة على أعيان، والصرف إن كان فيه أحد النقدين عوضاً عن الآخر، والإجارة إن كانت عن منافع ودفع الخصومة إن كان لم

يتعين شيء من ذلك، والإحسان وهو ما يعطيه المصالح من غير الجاء، فمتى تعين أحد هذه الأبواب روعيت فيه شروط ذلك الباب، لقوله عليه الصلاة والسلام: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحاً أحل حراماً أو حرم حلالاً»[1] وقال بعضهم: الصلح إما أن يكون معاوضة فيعتبر فيه ما يجوز ويمتنع فى البيوع، وإما أن يكون اسقاط الحق أو بعضه أو إبراء منه فيعتبر فيه ما يحل ويحرم فى ذلك من ضع وتعجل وشبه ذلك.

وأما الصلح على العيب، فإن ابن القاسم يرى أن ذلك بيع ثان بعد فسخ الأول فيعتبر ما يحل ويحرم فى ذلك من بيع وسلف وشبه ذلك، وأشهب يرى أن البيع الأول باق، وما وقع الصلح به عوض عن الإسقاط فيعتبر ما يحل ويحرم فى ذلك من سلف جرنفعاً، وشبه ذلك فمن اشترى عبداً بمائة لم ينقدها فصالح عن عيب فيه بعشرة مؤخرة إلى أجل ويأخذ التسعين، فذلك جائز عند ابن القاسم لأنه بيع مستأنف مؤجل، وغير جائز عند أشهب لأنه أخره بالعشرة ليسقط العيب فهو سلف جرنفعاً، فإن كان نقدها وصالحه بالعشرة إلى شهر لم يجز عند الخامس لأنه اشترى العبد حينئذ بتسعين وأخر العشرة فهو بيع وسلف، وجاز عند أشهب لأنه عوض عن العيب، فإن دفع إليه العشرة جاز ذلك عندهما باتفاق، وكذلك إن صالحه بعرض معجل، وكذلك إن بقيت إلى مدة من غير شرط فذلك جائز، وهذا إذا كان العبد قائماً، فإن مات العبد فصالحه على أن يؤدى له دنانير أو دراهم أو عروضاً نقد أجاز ذلك، فإن كان ذلك إلى أجل فلا يجوز إلا أن تكون مثل قيمة العيب أو أقل منها، فإن كان ذلك أكثر من قيمة

---

(1) سبق تخريج الحديث.

العيب لم يجز، وهو فى العروض دين بدين، وفى الذهب صرف مستأخر، وفى الدراهم دراهم بأكثر منها إلى أجل، وفى «المجموعة» إذا ادعى رجل على آخر أنه غصبه ثوباً أو عبدا وما أشبه ذلك والعبد والثوب قائمان فيجوز أن يصالحه بدنانير أو دراهم أو بعرض من غير صنفه، ويؤخر ذلك ولا يتعجله، وهو كالبيع سواء فإن كان المدعى فيه فائتاً لم يجز الصلح فيه إلا بما يتعجل قبضه مكانه لأن قيمة الشيء المغصوب أو مثله قد صار دينا على الغاصب فلا يقبض عن ذلك إلا ما يتعجل قبضه إلا أن يصالح عن ذلك بمثل قيمة الشيء المغصوب دراهم ويؤخره، فيجوز ذلك ولا يصالحه عن ذلك بدنانير مؤجلة لأن الأشياء المستهلكات إنما تقوم بالورق ولا يجوز الصلح فيما فات منه أصلاً حتى يعرف قيمة الشيء المغصوب الغائب، ويجوز إذا كان قائماً، وإن لم يعرف قيمته، وإذا ادعى رجل على آخر أن له قبله دنانير أو دراهم وأقر له بها وأراد أن يصالحه عن إسقاط بعضها فإن كانت حالة جاز.

ويكتب فى ذلك: عقد أشهد فلان على نفسه أنه أسقط عن فلان من جملة الدنانير المترتبة له قبله حالة النصف أو عدد كذا إسقاطاً أبدياً لوجه الله تعالى أو صلة له، وقبل ذلك فلان، والتزم له دفع الباقى حالاً أو لأجل، كذا باتفاقهما على ذلك، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

وهذا الإسقاط لازم كما تقدم وحيازته قبوله ولا رجوع فيه وإن كانت الدنانير أو الدراهم مؤجلة فلا يجوز له أن يسقط عنه منها شيئاً قبل الأجل ويعجل له الباقى، فإن وقع ذلك و لم يعلم به إلى الأجل فله أن يأخذ بقية حقه،

وكذلك لا يجوز له أن يأخذ عنها ذهباً لأنه صرف غير ناجز ولا يأخذ عرضاً إلا معجلاً.

ويكتب فى ذلك: عقد دفع فلان إلى فلان عن الكذا ديناراً المترتبة عليه مؤجلة كذا وكذا، قدحاً من القمح أو شقة صفتها كذا أحضر ذلك ودفعه له فقبضه منه قبضاً ناجزاً، ورضى له بذلك، وبرئ بذلك فلان من الدنانير المذكورة ولم يبقى بينهما مطلب، وأشهدا بذلك فى كذا، فإن أنكر المطلوب الدنانير أو الدراهم فله أن يصالحه على بعضها من صفة معجلة أو مؤخرة.

ويكتب فى ذلك: عقد زعم فلان أن له قبل فلان كذا وكذا ديناراً من وجه كذا، وأنكر فلان ذلك، وتخاصما فيه ثم اصطلحا على أن التزم له فلان النصف من ذلك أو الثلث يؤديه له لأجل كذا، ورضى فلان ذلك، وتساقط الدعاوى فى ذلك والأيمان، وأشهدا بذلك فى كذا.

ولا يجوز أن يصالحه بأكثر منها إلى أجل لأنه يدخله الزيادة فى السلف، ولا بدراهم من غر السكة التى طلبه بها مؤخرة كانت مثلها أو أقل أو أكثر، ولا يذهب إلا معجلاً وإن أنكر أن الذى ادعى قبله طعام وأنكر ذلك المدعى عليه، فإن كان من سلف فيجوز أن يصالحه بمثله من الطعام أو أقل منه من صنفه أو من غير صنفه، ولا يجوز بأكثر، ويجوز أيضاً بدنانير أو دراهم، ويكون ذلك كله معجلاً، ولا يجوز فى شىء من ذلك التأخير وإن كان من سلم فلا يجوز أن يأخذ فيه إلا من صنفه وعلى صفة مصله أو أقل منه أو يرجع إلى رأس ماله، وذلك كله بشرط أن يدعى أن الأجل فى ذلك كله قد حل، فإن لم يحل فلا

يجوز شيء من ذلك، وإذا كان لرجل على رجل دراهم فنسيا جميعاً وزنها ولم يعرفا كم هي فلا بأس أن يصطلحا فيها بذهب أو ورق أو عرض نقداً معجلاً، ويتحللان، فإن أجلاه دخله الخطر والدين بالدين، وكذلك من ادعى في دار أو ملك ولم يسم دعواه ما هي ربع أو خمس أو مقدار معلوم، فلا يجوز الصلح لأنه مجهول والصلح بمنزلة البيع، فلابد أن يسمى مقدار ماله فيها ثم يصطلحا بعد التسمية، وإلا فسد الصلح، ذكر ذلك في «المجموعة»، وفي «كتاب الشفعة» إن صالح رجل رجلاً في حق ادعاه عليه في داره ولم يسمه، فإن عرفاه جميعاً أو جهلاه جميعاً فذلك جائز، وإن عرفه أحدهما وجهله الآخر لم يجز الصلح كالبيع عند مالك، ويجوز التحلل من الدعوى المجهولة على ما نصه في «المجموعة».

ويكتب في ذلك: عقد أشهد فلان وفلان على أنفسهما أن فلاناً منهما كان قد ادعى في الدار التي بيد فلان بموضع كذا حقاً لا يعرف قدره ولا يبلغه، ولم يثبت له شيء من ذلك، وأنكر فلان ذلك من دعواه ثم إن فلاناً المدعى خشي أن يكون للقائم فيها علقة فتحلل من دعواه بأن دفع له كذا وكذا، فقبضها منه فلان، ورضي بها، وقطع دعواه في الدار المذكورة، وأسقط مطالبته في ذلك والبينات، وعلق الأيمان والاسترعاءات فمتى قام عليه واحد يطلب ذلك بشيء فهو باطل، وأشهد بذلك في كذا.

ويكتب في الصلح في الخط المعلوم: عقد كان فلان قد ادعى أن الموضع أو الدار التي بيد فلان له فيها الربع الواحد، وأنكر ذلك فلان، وترافعا بسبب ذلك إلى الحاكم، وطال بينهما الخصام ثم إنه دخل بينهما من ندبهما إلى الصلح الذى ندب الشرع إليه فانتدبا إليه، واصطلحا على أن يكون لفلان من الموضع

المذكور الثمن فى شركة فلان المذكور أو على أن قبض منه كذا وكذا دينار، وأبرأه منها، و لم يبقى لفلان فى ذلك دعوى ولا مطلب سوى ما ذكر وتساقطا فى ذلك الدعاوى كلها والأيمان، وضروب البينات، والاسترعاءات، والاسترعاء فيها ما تكرر وتناهى، فمتى قام أحدهما على الآخر فى ذلك بدعوى أو بمطلب بخلاف هذا الصلح فهو باطل، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

بيان: فإن استحق ماوقع به الصلح من يد المدعى أو الشىء المدعى فيه الذى وقع عليه الصلح، فإما أن يقع الصلح على الإقرار أو على الإنكار، فإن كان على الإقرار رجع كل من استحق من يده منهما شىء على صاحبه فيما أعطى من يده أو أخذ منه إن كان قائماً لم تحل أسواقه، وإن كان فات رجع بقيمة ذلك، وإن كان الصلح على الإنكار فإما أن يستحق الشىء المدعى فيه أو ما أخذه المدعى فى الصلح، فإن استحق الشىء المدعى فيه، فذكر ابن عبدوس عن ابن القاسم: أنه إن كان للمدعى أن يقول: قد كانت لى بينة بحقى فدفعتها عنى بهذا الصلح حتى بادت ومنعتنى منفعتى، وروى عنه أصبغ: أنه قال: يرجع بما دفع و لم يفرق بين قرب ولا بعد، وقال أصبغ من رأيه: لا يرجع فيما دفع قرب أو بعد، قال: وإنما يرجع فيما كان على الإقرار، وإن كان الذى استحق ما أخذه المدعى فى الصلح، فإن كان بحدثان الصلح انقضى الصلح ورجع فى دعواه كما كان قبل الصلح، وإن كان بعد طول من الزمان رجع بقيمة ذلك المستحق، وإن كان من ذوات القيم أو بمثله إن كان من ذوات الأمثال، لأنه يقول: قد كانت لى بينة فبادت ومنعتنى من حقى بالصلح، وفى «سماع يحيى»: فى الذى يدعى على رجل أنه سرق عبده فينكره المدعى عليه ويصطلحان على مال

يغرمه المدعى عليه للمدعى ثم يوجد العبد أنه للمدعي عليه، ولا ينتقض الصلح بظهور العبد وإن وجد صحيحاً إلا أن يوجد عنده قد أخفاه فحينئذ يأخذه المدعى، وفى «كتاب الغصب» من «المدونة» نظير ذلك، ومن كانت له وثيقة بحق فضاعت فأنكره غريمه فصالحه ببعض الحق ثم وجدها فله الرجوع فى بقية حقه، قال بعضهم وإنما يكون له ذلك إذا صالحه وهو يذكر أنه ضاع له، ولو سكت و لم يذكر ذلك كان كمن صالح وله بينة غائبة قد علم بها فيدخله القولان، وإذا استرعى فى الصلح على الإنكار فلا ينتفع به إن تمادى المنكر على إنكاره حتى تم الصلح إلا أن تقوم له بينة لم يسقطها فيكون فى وجوب القيام بذلك له مع الاسترعاء قولان.

وفى «سماع أبي زيد» فى رجل كان له دين على رجل فجحده وله بينة غائبة فاسترعى فى السر أنه إنما صالحه لأنه جحده حقه وأنه على بينته إذا حضرت أنه لا قيام له بالبينة ولا ينفعه الاسترعاء فى ذلك، قال ابن أبي زمنين: و لم يبين فى ذلك الغيبة، وفسر ذلك أصبغ، فقال: إن كانت الغيبة بعيدة نفعه الاسترعاء وإلا فلا، وأما إذا أقر بعد الصلح فإنه يرجع عليه كما تقدم، وإن لم يسترع باتفاق، قال بعضهم: وكذلك إذا أقر بعد الصلح وإن كان الطالب قد أشهد على نفسه بإسقاط البينة فله الرجوع عليه دون استرعاء، وإنما يحتاج إلى الاسترعاء إذا أنكر أو لا ثم صالح وهو مقر، فهذا يحتاج إلى الاسترعاء، ويلزمه الاسترعاء ما لم يسقطه.

ويكتب فى ذلك: عقد أشهد فلان على نفسه إشهاد استرعاء واستحفاظ أنه كان ترتب له فى ذمته قبل فلان كذا وكذا، وأنه طلبه بها فأنكره، وأنه متى

صالحه فى ذلك بإسقاط أو تأخير فإنما يفعله لإنكاره، ولأنه جحده حقه، وأنه مصر على طلب حقه فى ذلك وغير ملتزم لما يفعله من الإسقاط أو التأخير، وراجع فى تمام حقه متى ثبت له إشهاداً صحيحاً عرف قدره، وشهد على إشهاده بذلك من أشهده به، ويعلم إنكار المذكور لذلك، وبتاريخ كذا.

فإن لم يعرف الشهود الإنكار فلابد أن يثبت إنكاره ببينة وإلا لم يصح الاسترعاء وإذا أسقط الاسترعاء فى عقد الصلح سقط ولم يكن له به قيام، فإن استرعى، وقال: إنه أسقطه فهو على حقه، قال فى «المجموعة» فلا ينتفع بذلك إذ لا استرعاء فى الاسترعاء، وفى كتاب «الاستغناء»: قال الموثق فى غير الوثائق من عقد على نفسه قطع الاسترعاء فى الاسترعاء إلى أقصى تناهيه، فإنما يفعله للضرورة إلى ذلك، وأنه قاطع بشيء من ذلك كله، وراجع فى حقه فله ذلك، ولا يضره ما أشهد به على نفسه من قطع ذلك كله، والاسترعاء فى كل ما يتبرع به الإنسان من صلح على إسقاط أو تحبيس أو عتق وشبه ذلك، وقوله: مصدق فيه ولا يلزمه ما فعل من ذلك لأنه لو شاء لم يفعله، وكذلك الهبة.

وقال ابن رشد فى «مسائله المجموعة» لو وهب هبة وكان قد استرعى فيها قبل ذلك لنفعه استرعاؤه إذ هو متبرع بذلك، واختلف فى يمين الواهب فى ذلك، ونزلت بإشبيلية فأخذ القاضى بقول من لم ير اليمين، وكذلك الطلاق إن استرعى فيه، فقال: إذا طلقت امرأتى فإنما أفعل ذلك خوفاً من السلطان بوجه يذكره ثم طلقها لم يلزمه طلاق، قاله ابن زرب فى «مسائله»، وذكرها ابن سهل فى مسائل العتق ولابن الفخار فى «المجموعة» خلال ذلك، وأنه لا ينفعه الاسترعاء فى الطلاق، وفى «كتاب الجدار»، قال عيسى فيمن ابتاع شقصاً من

أرض فقال له أرباب الأرض: ما نعلم لمن باع منك هنا شيئاً ولكن خذ ما ابتعت به واذهب بلا خصام، ففعل، فذلك لازم له، ولا ينفعه الاسترعاء، فإن قالوا له بعنا ما ابتعت وإلا دفعناك عنه، ففعل، فإن ذلك لا يلزمه، وينفعه الاسترعاء إذا عرف دفعهم إياه وجحدهم شراء، فإن ترك القيام بعد زوال التقية، ففى «وثائق ابن الهندى» فى دار بين أخوين باعها أحدهما ممن له سلطان ومقدرة فاسترعى الأخ أن سكوته عن الكلام فى نصيبه وفى الشفعة لما يتوقعه من تحامل المشترى وإضْراره، فإن قام فى فور زوال التقية قضى له بحقه وبالشفعة، وإن ترك القيام بعد زوال التقية عشرة أعوام أو نحوها فلا قيام له، قال ابن سهل: وهذاعندى ضعيف لأن سكوته الأعوام بعد زوال التقية يدل على رضاه ولا أرى له اعتراضاً وإن لم يسكت إلا لعامين ونحوهما بعد زوال التقية وكان البيع وقع حينئذ، ومن بيع عليه ما له بحضرته ولم ينكر فليس له فى البيع كلام، قال: ورأيت لابن دحون أن المرأة إذا بيع عليها وهى حاضرة عالمة ولا عذر لها من حجاب أو بكورة فالبيع لازم لها إذا لم تتكلم وإن أقامت الأيام، وإن ترك القيام لعذر ثم زال ذلك العذر فلها القيام، وإن سكتت بعد شهر أو شهرين، وإن طال تربصها بعد زوال العذر السنة ونحوها لم يكن لها قيام، قال: وهو كلام صحيح.

وصلح الأب على ابنه أو ابنته اللذين فىحجره جائز، فإن كان شيئاً لا خصام فيه ولا دعوى فلا يجوز الصلح عليهما بأقل من حقهما، فإن فعل ذلك فلهما الرجوع على الوالدن قاله مالك وأصحابه، ولا يكون صلحه لهما على وجه النظر والسداد، وكذلك صلح الوصى على الأيتام جائز ما لم يكن عليهم

فيه غبن فلا ينفذ، وهو محمول أبداً على السداد حتى يثبت خلافه، فإن قام أحد يتعقبه نظر فيه السلطان، فإن رآه سداد أمضاه، وإلا فلا، وإذا فات الصلح الذى يقع بالحرام فسخ وصحيح بالقيمة.

والصلح فى التركة لا يجوز إلا بعد المعرفة بقدرها.

ويكتسب فى ذلك: عقد توفى فلان فأحاط بميراثه زوجه فلانة وبنوه منها فلان وفلان وفلان لا غير، وتخلف ميراث عنه من الأصول كذا،ومن العروض كذا، وكان فلان من البنين قد ادعى أن أباه قد تصدق عليه بالدار بكذا، وفلان أيضاً قد ادعى أنه قد تصدق عليه بكذا، وادعت الزوجة أن الموضع بكذا لها، وتنازعوا فى ذلك وطال بينهم الخصام والتردد إلى الحكام إلى أن دخل بينهم من رغب الأجر والثواب وندبهم إلى الصلح، فاصطلحوا على أن سلموا لفلان فى الصدقة المذكورة التى ادعاها النصف، ولفلان الثلث، ويكون للزوجة من الموضع الذى ادعته كذا، ويكون سائر ذلك ميراثاً بينهم، وسلم كل واحد منهم للآخرين فيما ذكر أنه يكون لهم، واقتسموا المتروك على اختلافه وشتى أصنافه، واستوفى كل واحد منهم حقه منه وتفاصلوا فيه مفاصلة تامة مطلقة عامة آتية على القليل والكثير التافه والخطير، وتساقطوا فيه الدعاوى كلها والأيمان والبينات والاسترعاءات كلها، والاسترعاء فيها ما تكرر وتناهى، وجعلوا هذا بينهما فاصلاً وقاطعاً بعد اعترافهم بأن ما ظهر وهو المتروك بجملته، وأنه لم يغب أحد على شيء منه، فمتى قام أحد منهم يطلب الآخر بمطلب بسبب المتروك فهو باطل، وعرفوا قدره، وشهد عليهم بذلك فى كذا.

بيان: إن كان فى التركة دين فلا يجوز الصلح على اقتسامه، وإن كان الغرماء حاضرين مقرين بأن يخرج واحد إلى غريم وآخر إلى آخر وذلك قسم الذمم المنهي عنه، وكذلك الزرع المزروع والتمر فى الشجر لا يجوز الصلح على اقتسام ذلك فدادين أو خرصا، ويبقى ذلك إلى أن يقبض لا يدخل فى الصلح والقسمة مع الأصول، فإن قبض شيئاً من الدين بعض الورثة أو صالح على حظه فلمن شاء من الورثة الدخول معه، وكذلك الزرع والتمر إذا قبض ذلك قسم كيلا، وكذلك إذا اصطلحوا جميعاً أو صالح أحد الورثة سائرهم بشيء أخذه ويبقى سائر التركة لهم، فإن كان فى التركة دين على غائب أو سلم فى طعام أو حيوان أو عرض غائب، فلا يجوز الصلح على ذلك حتى يحضر، ويقسم أو يقع الصلح عليه على وجه يجوز والعرض الناض والسلع.

فإن كان الصلح مع الزوجة على كالئها وميراثها.

فيكتب فى ذلك: عقد توفى فلان فأحاط بميراثه زوجة فلانة وبنوه من غيرها فلان وفلان لا وارث له سواهم، وتخلف المتوفى للميراث عنه دار بموضع كذا، وأملاكا بموضع كذا، ومملوكاً صفته كذا، وحيواناً بقراً أو غنماً، ودواب وطعاماً قمحاً عدد كيله كذا وأسباباً وأثاثا، وذكرت الزوجة أن كالئها قبل زوجها وهو كذا باق لها قبله، ويتنازعوا فى بعض ذلك ثم اصطلحوا على أن قبضت الزوجة عن كالئها عرض كذا وصار عندها راضية به، ودفعوا لها من ميراثها كذا وكذا ديناراً قبضتها من سائر الورثة على حسب فرائضهم، ولم يبق عليهم لها دعوى ولا حجة فى شيء من التركة، ولا علقة يمين ولا وجه مطلب

وصاروا بذلك فريقين الزوجة فريق وسائر الورثة فريق، وتفاصل الفريقان فى المتروك كله وغيره مفاصلة تامة، وتبنى على ما تقدم.

قال ابن العطار: ولا يجوز أن ينعقد الصلح بدنانير أو دراهم صفقةواحدة عن الكالئ والميراث لأن الجهل يدخله إذ لا ميراث إلا بعد الدين، والكالئ من الدين، فكان ينبغى أن يباع من التركة بقدر الدين، ويؤدى ويعرف ما بقى، وحينئذ يقع الصلح عى حظها، فإذا لم يعرف ذلك وقع الجهل، والصلح على المجهول لا يجوز، وهو قول أشهب، قال بعض المتأخرين: ومثل ذلك لو ترك داراً، فقال سائر الورثة للزوجة خذى خمسة عشر ديناراً عن كالئك وميراثك فىالدار فلا يجوز، لأنها لا تدرى ما يقع من الدار للعشرة التى هى الميراث إذا كان الكالئ خمسة وبالعكس، ولو قال لها: خذى فى ميراثك وكالئك ثلاثة أثمان الدار أيضاً لم يجز لدخول المجهلة، لأن الوارث باع منها بعشرة ما لم تعلم مبلغه إذ لم يعرف ما يقع للعشرة، ذكر ذلك فى «الطرر»، فإن كان فى التركة ذهب وفضة فلا يجوز صلحها إلا أن تأخذ عرضاً أو رقيقاً أو حيواناً وإلا فلا أو تأخذ قدر ميراثها من العين أو أقل، وتسقط عنها فى الباقى، ويكون ذلك منها هبة تفتقر إلى القبول والحيازة، ولا يجوز لأحد من الورثة أن يصالحها بذهب أو ورق يدفعه إليها من عنده من غير التركة، وإن كان مثل نصابها أو أقل، فإن لم يكن فى التركة عين فلهم أن يصالحوها بدنانير أو دراهم من عند أنفسهم، فإن كان فيها دين فلا يجوز ذلك إلا أن يكون عرضاً قبل حاضر مقر ويكون غير طعام من سلم، فإن كان الطعام من سلم فلا يجوز، فإن كان فى التركة أحد النقدين وصولحت منهما بأكثر من نصيبها جاز، لأنها باعت بالزيادة على حظها

منها خطها من سائر التركة، وذلك إذا لم يكن لها كالئ، فإن لم يكن فى التركة عين جاز الصلح بما يدفعونه لها من التركة من طعام أو غيره عن ميراثها إذا لم يكن لها كالئ ولا كان فيها عين على غائب أو شئ غائب، ولا يكون الصلح على ذلك كما تقدم، وصلح الرجل زوجته عن كالئها إذا كان دارهم بدنانير يدفعها إليها جائز إذا أقر به حالاً أو أنكره جمله، فإن أقر به وأنكر حلوله فلا يجوز ذلك لأنه صرف مستأخر فى حق الزوجة، وإن كانت الزوجة تدعى حلوله، وذلك جائز على قول أصبغ، وإذا ادعى رجل على امرأته بدعوى صالحها منها ثم قامت بعقد إضرار، وقال: إنما صالحت لإضراره بها، فأفتى ابن عتاب وابن القطان بأن الصلح نافذ وعقد الضرر فى هذا بالسماع غير عامل، وإنما ينفع الضرر بالسماع فى الطلاق لو وضعت به كالئها على المباراة ثم أثبت الضرر، فإنه كان ينفعها أو لو استرعت قبل الوضع أنها تضع عنه لإضراره بها لنفعها، وإذا أسلفت المرأة زوجها وأنظرته إلى أجل فطلقها قبل الأجل فقامت تطلب حقها، وقال: إنما أخرته من أجل استدامة العصمة، فقال ابن عتاب: القول قولها فى ذلك مع يمينها، وكذلك أفتى الشيوخ لأن الظاهر من أمر النساء أنهن إنما يفعلن ذلك لما ذكرت، فهو العرف الذى يصدق من ادعاه، وخالفه ابن القطان فى ذلك، وفى «سماع أصبغ» فى النكاح فيمن أعطى امرأته ثم وجد النكاح مفسوخاً فإنه يأخذ متاعه لأنه إنما أعطى على الثبات، انظر ذلك كله فى «أحكام ابن سهل».

وإذا ادعى رجل على آخر حقاً فأنكره ثم يقول له كان حقاً أو غير حق فصالحنى، فيقول الآخر: هذا إقرار بحقى، ولا أصالحك، فليس بإقرار ولا يلزمه

شيء، وقال أصبغ فى «الموازية» فيمن اتهم رجلاً بسرقة فذهب به إلى الإمام فأقر له فى الطريق أو صالحه ثم نزع من صلحه، وقال: إنما لا رجوع له لأن الناس لا يتداعون إلا إلى السلطان إلا أن تعلم له ناحية من السلطان، وأنه ممن يطاوعه فينظر السلطان فى ذلك باجتهاده، ولابن سحنون: إذا رفع إلى القاضى رجل يعرف بالسرقة والذعارة فحبسه باختياره فأقر فى السجن لزمه، وهذا الحبس خارج عن الإكراه، ولو حبسه وهو ليس من أهل الذعارة، واتهم وحكم بذلك بالجور بطل إقراره، قال غيره: وكذلك من ادعى عليه بالغصب.

التفاصل المجمل

ويكتب فى التفاصل المجمل بين الورثة وغيرهم: عقد تفاصل فلان وفلان فى كل ما نشأ بينهما، ودار لمقدم التاريخ من ضروب الملابسات وأنواع المداخلات والمعاملات تفاصلا تاماً مطلقاً عاماً آتياً على القليل والكثير النفيه والخطير، وما كان بينهما من ميراث وغيره، وتساقطا بينهما الدعاوى كلها والأيمان، وضروب البينات والتقيات والاسترعاءات كلها والاسترعاء فيها ما تكرر وتناهى، وجعلا هذا بينهما فاصلاً وقاطعاً، فمتى قام أحدهما على الآخر بمطلب فمطلبه باطل ودعواه ساقطة وبيناته زور مسترعاة كانت أو غيرها، وعرفا قدره، وشهد عليهما بذلك فى كذا.

قال ابن القاسم: وسمعت مالكاً يقول فى شريكين تحاسبا، فكتب أحدهما للآخر براءة من آخر حق قبله ثم قام يذكر حقاً قبله لم يقع فى أصل البراءة اسمه،

فادعى صاحب البراءة أنه قد دخل هو وغيره فى البراءة أنه يحلف لقد دخل فى حسابهما ويبرئ منه.

قال ابن رشد: وهذا مما لا اختلاف فيه لأن الحقوق إذا كانت بتواريخ مختلفة فالبراءة من شيء منها دليل على البراءة مما قبله، وهذا من نحو قولهم فيما اكترى دار مشاهرة إن دفع كراء شهر معين براءة للدافع مما قبل ذلك، ومثله ما وقع فى «سماع أشهب» من «كتاب الشجرة» فى الذى يبارئ امرأته وهى حامل على أن تكفيه رضاع ولدها ثم تطلبه بنفقة الحمل أنه لا شيء عليه، قال: وإنما الاختلاف إذا قام بذكر حق لا يعلم أهو قبل البراءة أو بعدها، فاختلف هل يكون القول قول الطالب أو قول المطلوب، وإذا لم تقع مفاصلة بين المتعاملين ومات أحدهما أو غاب، فإن ادعى أحدهما أن له قبله حقاً بقى قبله من سبب تعاملهما وأشبه ما ادعاه، فرأى المتأخرون أنه يثبت ذلك ويحلف على ما يدعيه ويحكم له به.

ويكتب فى ذلك: عقد يعرف شهوده زيداً وعمراً، ويعلمون أن زيداً لم يزل يعامل عمراً، ويبايعه بالنقد والنسيئة، وتدخل المعاملة على الأخرى، والتقاضى على التقاضى، ويتخلد له فى ذمته أثمان ما يبيعه منه بالنسيئة من غير انفصال يعلمونه بينهما، ولا قطع للمعاملة، واتصل ذلك من حالهما إلى أن مات عمرو منهما منذ كذا أو غاب، وذكر لهم زيد أنه بقى له قبل من ذلك كذا وكذا دينار، ويعلمون أن ذلك يمكن فى جانب تعاملهما، وأن المعاملة بالتأخير كانت تبلغ بينهما أكثر من ذلك، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا. فإذا ثبت ذلك حلف صاحب الحق على بقيته التى يدعى واستحقها ونصه: حلف بإذن القاضى

بموضع كذا فلان المذكور فى الرسم فى كذا بحيث يجب، وكما يجب يميناً قال فيها: بالله الذى لا إله إلا هو لقد كنت أعامل عمر المذكور فيه بالنقد والتأخير، وتدخل المعاملة على الأخرى، والتقاضى على التقاضى إلى أن غاب أو مات منذ كذا، وبقى لى قبله من ذلك كذا وكذا. ديناراً هى عليه، وما قبضت منها شيئاً قليلاً ولا كثيراً، ولا وهبت ولا أسقطت، ولا أحلت ولا استحلت،ولا أخذت فى شيء من ذلك كفيلاً ولا رهناً ولا عوضا، ولا خرجت عن ذلك ولا عن شيء منه بوجه، وإن ذلك لباق لى قبله، وفى ماله وذمته إلى أن مات، وفى تركته حتى الآن أو إلى أن غاب منذ كذا،وذلكَ قبله حتى الآن.

وجرى العمل عند المتأخرين بأن يحكم بذلك له فى مال الغريم.

الدماء والجراح عمداً وخطأً، وما يجب فى ذلك وسائر الجنايات

القتل على ضربين: قتل عمد، وقتل خطأ.

فأما قتل العمد فهو الذى يقصد به القتل بما يقتل مثله من حديد أو حجر أو لطمة أو لكزة أو عصاً على وجه الشر والعداوة لا على وجه اللعب، وكذلك إن رماه فى نهر فمات على وجه القتال، وما كان من ذلك على وجه اللعب فسبيله سبيل الخطأ، وكذلك ما كان على وجه الأدب من الأب والمؤدب والزوج فذلك محمول على الخطأ إلا أن يأتوا من صفة القتل ما يشكل أنهم أرادوا القتل كالذبح وشبه ذلك، وقيل فى ذلك: إنه شبه العمد وأنكره مالك، وقال: إنما هو عمد أو خطأ، والأم والجدود والجدات كالأب فى ذلك بخلاف

غيرهم من القرابات، وكذلك من تسبب إلى القتل ولم يباشره بنفسه فهو كالمباشر عمداً مثل أن يحفر بئراً أو يتخذ سرباً أو يضع سيفاً فى الطريق أو يتخذ كلباً عقوراً أو يقدم طعاماً مسموماً أو يعمل له سحراً أو يكرهه على شىء يموت منه أو يحبسه للقتل، فذلك كله كالمباشرة للقتل عمداً، وكذلك إذا اصطدم فرسان أو رجلان عمداً أو جذباً حبلاً فمات أحدهما فذلك من قتل العمد، فإن اشترك جماعة فى قتل واحد فإنهم يقتلون به جميعاً كانوا بمباشرة أو بسبب أو بهما، وإن قتله بأمر آخر، فإن كان لا يخاف مخالفته، فإن القاتل يؤخذ به باتفاق ويضرب الآمر ويحبس، وإن كان مثل السيد يأمر عبده والمؤدب والأب يأمران الصبى الصغير فقولان، والذى يشارك قاتل الخطأ والصبى والمجنون إن علم قصده للمشاركة فالقصاص وإلا فعليه نصف الدية، وأما الذى يشارك السبع والحربى وجارح نفسه فالمعتبر الأول، فإن اشترك فى الجروح أول وآخر بعده، فإن كان ذلك عن ممالأة قتلوا جميعاً، وإلا أخذ الذى جرحه أقوى وعوقب الآخر، فإن جرح الأول ثم حز الثانى الرقبة قتل الثانى، ولو أنفذ أحدهما المقاتل ثم أجهز الثانى فهل يقتل الأول أو الثانى؟ فى ذلك قولان لابن القاسم، وعلى الذى لا يقتل منهما العقوبة باتفاق

وشرط القاتل أن يكون بالغاً عاقلاً مساوياً للمقتول فى الإسلام والحرية، فلا يقتل مسلم بكافر إلا أن يقتله غيله فيكون حرابة ويقتل به، وكذلك لا يقتل حر بمن فيه بقية رق وإن قل، ولا من فيه عقد حربة من مكاتب أو غيره، ويقتل الكافر بالكافر مطلقاً والرقيق بعضهم ببعض، ويقتل الكافر بالمسلم والعبد بالحر،

والرجل بالمرأة، وعكسه، والسالم الأعضاء بالأشل، والصحيح بالمريض كالأجذم والأعمى.

وشرط المقتول أن يكون معصوم الدم فلا قصاص فى مرتد ولا زنديق ولا زان محصن نعم يؤدب فى الافتيات، وأما من عليه قصاص إذا قتله أجنبى عمداً، فإن دمه يكون لأولياء المقتول الأول على المشهور، فإن أرضاهم أولياء الثانى كان دمه لهم، والواجب فى قتل العمد للأولياء القصاص عند ابن القاسم، وقال أشهب: هم مخيرون فى القصاص أو أخذ الدية أو العفو على غير شىء.

ويقتل القاتل بمثل ما قتل به إلا أن يكون مما يطول ولا يجهز عليه فى الحال فيقتل بالسيف، وإذا مات المقتول عاجلاً أو عاش مغموراً لم يتكلم وجب القصاص دون قسامة، وكذلك لو أنفذ له مقتلاً وعاش بعد ذلك أياماً أو أكل وشرب فلا قسامة، وإن لم ينفذ مقتلاً وتكلم بعد ذلك وثبتت حياته، وإن لم يأكل فلا يكون القصاص إلا بعد القسامة.

والولاية فى دم العمد فى القصاص والعفو للعصبة الذكور وفى دخول النساء فى ذلك عن مالك -رضى الله تعالى عنه- روايتان، إحداهما: أنه لا مدخل لهن فيه، والثانية: أنهن كالرجال إذا لم يكن فى درجتهن رجال، فإن كان فى درجتهن رجال فلا مدخل لهن فى ذلك، وهو المشهور، فإن كان النساء أقرب إلى الميت وثم عصبة رجال دونهن فيكون الرجال والنساء فى ذلك سواء، فإن كان الرجال غير وارثين فلا مدخل لهم فى ذلك إلا أن يثبت الدم بقسامتهم فيكونون مع النساء الذى فوقهم سواء فعلى المشهور لا تدخل البنت مع الابن،

وتدخل مع الأخ ويقدم فى ذلك الأقرب فالأقرب من الرجال فيما بينهم، ومن النساء كذلك أيضاً فيما بينهن، واختلف فى الأخ مع الجد، فقال ابن القاسم: هما سواء، وقال أشهب: يقدم الأخ، فإن كان فيهم غائب انتظر وكتب إليه إلى أن ييئس منه كالأسير وإن كان فيهم صغير لم ينتظر فى قول ابن القاسم، وقال عبد الملك ينتظر، وقال سحنون إن لم يكن قريب من المراهق لم ينتظر، فإن كانوا صغاراً كلهم فللولى النظر فى القتل أو الدية كاملة يفعل عليهم أى ذلك رآه نظراً، قال أشهب: له أن يأخذ أقل من الدية إذا رأى ذلك نظراً، فإن قال للقاتل: إن قتلتنى فقد وهبت لك نفسى، ففي ذلك قولان، قال ابن القاسم: وأحسنهما أن يقتل به بخلاف عفوه بعد علمه أنه قتله، فإنه لا يقتل به ولو أذن له فى قطع يده عوقب ولم يقتض منه، وإذا عفا جميع الأولياء عن الدم، فإن كانوا رجالاً أو رجالا ونساء سقط القود، وإن كن نساء نظر الحاكم فى ذلك، فإن عفا بعضهم دون بعض وكان العافى أقرب سقط الدم، ويتعين للباقى نصيبهم من دية العمد، قال ابن الحاج فى «مسائله»: إذا استوى الأولياء فى المقتول ببينة رجالاً ونساء فمن قام بالدم منهم فهو الولى،وإن اختلفوا فالأقرب أولى ولو كان بقسامة فليس للنساء فيه شيء، فإن لم يكن له عصبه، ففى «مسائل ابن الحاج»: إذا قتل رجل ببينة عادلة ولا عصبة له فهل للسلطان ما للأولياء من العفو أو القصاص، فالذى يقتضيه الواجب أنه لا نظر للسلطان فى العفو عنه، وكذلك ظهر لابن رشد، وانظر ما فى «سماع يحيى»، وقال فيها ابن القاسم: لا ينبغى للإمام أن يهدر دم مسلم، ولكن يستقيد له، وسئل فى امرأة أقرت بقتل أخرى، فقال: إقرارها موجب لقتلها والقصاص منها لا سيما وقد

ثبت أنه لا ولى لها يقوم بطلب دمها فيتربص إلى أن يرى ما عنده من عفو أو قصاص، فلا يحل مع عدم الأولياء أن يطل هذا الدم ولا يسوغ فيه إلا القصاص، ولا يلتفت إلى رجوعها عن الإقرار إذا كان بغير ضرب ولا محنة، فإن كانت تحت ضرب فرجوعها يسقطه عنها، وأرى حينئذ لسوء هذه الأحدوثة وما شاع من صحتها أن تضرب ولا تنقص من ثلثمائة سوط وتسجن السجن الطويل، والسنة فى ذلك قليل، وقد قيل فى قول مالك -رضى الله تعالى عنه- فيمن لطخ بالدم ورفعت عليه التهمة ولم يتحقق عليه من ذلك ما يجب فيه القسامة أنه يحبس حتى تأتى عليه السنون الكثيرة، ولقد كان الرجل يحبس فى الدم باللطخ والشبهة حتى إن أهله ليتمنّون له الموت من طول حبسه، قال فيها: والقسامة تجب على مذهب مالك بسبعة أوجه أربعة متفق عليها، وثلاثة مختلف فيها، فأما الأربعة المتفق عليها، فأحدها: أن يقول المقتول دمى عند فلان، ويشهد على قوله شاهدان عدلان فما فوقهما، وبه جرح ظاهر، والثانى: أن يشهد عدلان على معاينة الضرب أو الجرح ثم يموت بعد أيام، والثالث: أن يشهد شاهد عدل بالإجهاز، والرابع: أن يشهد عدل على رجل أنه أقر عنده أنه قتل رجلاً عمداً فمن قول سحنون: إن القسامة تجب بذلك، ولا أعلم فى ذلك خلافاً بخلاف الخطأ فإنه لا يقسم إلا بشاهدين.

والثلاثة المختلف فيها: أحدها: أن يشهد شاهد واحد عدل على معاينة الضرب ثم يموت بعد أيام، ففى «المدونة» أن القسامة تجب فى ذلك، وروى يحيى عن ابن القاسم أنه لا قسامة فيه إن مات، وإن عاش حلف معه، واقتص من الجرح، ولأشهب مثل ما فى «المدونة»، حكاه عنه ابن أبى زيد، واختلف قول

سحنون فى ذلك أول «نوازله». والثانى: أن يشهد على قتله شاهد غير عدل، فرواية ابن القاسم سقوط القسامة، ورواية أشهب ثبوتها معه، قال ابن المواز: وقال برواية ابن القاسم أشهب، وابن عبد الحكم، وابن وهب، وقال: وروى مطرف عن مالك -رضى الله تعالى عنه- أن اللفيف من السواد لوث، والنساء والصبيان والنفر غير العدول، وروى ابن وهب عن مالك: أن شهادة النساء لوث، وروى أشهب أن المرأة الواحدة أو الرجل غير العدل يقسم معهما، ولا اختلاف أن المرأتين العدلتين يقسم معهما، وروى عن ربيعة أنه يقسم على شهادة المرأة والذمى، نقله عنه ابن أبى زيد، وقال ابن المواز: وأما الصبى والعبد والذمى فلم يختلف قول مالك وأصحابه أنه ليس بلوث، والثالث: أن يقول دمى عند فلان، وليس به جرح ظاهر فروى أبو زيد عن ابن القاسم وعيسى عنه فيمن ادعى ركضاً فى جوفه ودمى على رجل أنه يسجن بهذه التدمية فى حياة المدمى،وبعد موته يقسم عليه، وقال ابن كنانة: لا يسجن فى الحياة ولا بعد موته، وذكر ابن العطار فى «وثائقه» أنه يسجن بعد الموت ولا يسجن فى الحياة وهو بين القولين.

والتدمية بغير جرح ضعيفة، قال: ويوجب القسامة وجه ثامن يلحق بالأوجه المذكورة، وهو أن يوجد بقرب المقتول وبيده سيف أو شىء من آلة القتل وعليه آثار القتل، فذلك لوث يوجب القسامة لولاه المقتول، ذكره ابن الجلاب، وذكر أبو محمد عبد الوهاب، قال: ومن اللوث الشاهد العدل يشهد على رؤية القتل أو رؤية المدعى عليه بقرب المقتول عليه آثار القتل وبيده سكين ونحوه وثيابه ملطخة بالدم، وهو نحو ما قاله ابن الجلاب، وفى الدماء من «النوادر»، قال ابن

المواز أن يشهد عدل أنه قتله غيلة لم يقسم مع شهادته ولا يقبل ههنا إلا بشاهدين، ورأيت ليحيى عن ابن عمر أنه يقسم معه، وقال ابن الحاج فى «مسائله»: نزلت فى رجل دمى على رجل عمداً وخلف أولاداً صغاراً وأخاً كبيراً وابن أخ، فأفتيت وأخى من المفتين: أن للأخ الكبير وابن الأخ أن يقسموا ويقتلوا ولا يلتفت فى ذلك إلى الصغار لا سيما وهم لم يقاربوا البلوغ وأنفذت القسامة، وقتل المدعى عليه على نص الروايات فى «المدونة» و «الواضحة» وغيرها، وخالف ابن رشد فى هذا، وقال: الحق فى هذا للصغار ويؤخر إلى أن يكبروا من غير رواية استند إليه، وقال: إنما يكون هذا لو ثبت الدم ببينة والروايات تخالفه، قال ابن رشد فى «مسائله»، وإنما أفتيت فى هذه المسألة بأن ينتظر البنون الصغار ولا يمكن العصبة من القسامة والقود وإن كانت الرواية بذلك مخالفة للأصول بخلاف الرواية المأثورة فى ذلك عن مالك وأصحابه للمعنى الذى أذكره، وذلك أن أهل العلم اختلفوا هل من حق الولى العفو على الدية شاء القاتل أو أبى أم ليس له ذلك؟ فمن ذهب إلى أن للولى العفو عن الدية شاء القاتل أو أبى يوجب انتظار البنين الصغار بالقسامة على كل حال إذ لا يصح أن يمكن العصبة من القسامة فيسقط حق البنين فيما لهم من أخذ الدية قياساً على ما أجمعوا عليه فى الحقوق الواجبة كالشفعة وغيرها، ومن ذهب إلى أنه ليس له أن يأخذ الدية من القاتل إلا برضاه، وهو قول مالك فى رواية ابن القاسم عنه، وقول جماعة أصحابه وأحد قولى ابن القاسم، فالقياس أيضاً على مذهبهم انتظار البنين حتى يبلغوا إذ هم أحق بالقود والعفو ومصالحة القاتل من العصبة قياساً على ما أجمعوا عليه إلا أنهم رأوا استحسان ما أتت به الرواية عنهم أن لا ينتظر

الصغار إلا أن يقرب بلوغهم ووجه الاستحسان إيثار القود على العفو لما فيه من الزجر عن القتل، والأظهر أن العفو أولى من القود ألا ترى أن أهل العلم، قالوا: ينبغى للإمام أن يرغب الأولياء فى العفو قبل القسامة، فإذا كان العفو هو المستحب، والعفو إنما هو للصغار وجب أن ينتظروا ولا يفوت عليهم بتمكين العصبة من القود للأجر الذى يكون من حقهم أن يكتسبوه، فإذا ثبت أن المسألة ترجع إلى قولين لا ثالث لهما.

أحدهما: أن الواجب انتظارهم دون حق يكون للعصبة معهم فى القسامة والقود فى نظر ولا استحسان، والثانى: أن لهم ذلك فى الاستحسان دون النظر وضعف الاستحسان لما بيناه من أن العفو أولى من القود لم يبقى إلا وجوب انتظار البنين الصغار حتى يكبروا ولو سلمنا أن القود أولى لما صح فى مسألتنا لما ذكر من أن القاتل كان سكران، ولا شك فى أن العفو عن السكران أولى إذا قيل: إن القود منه لا يجب، وإذا كان العفو عنه أولى حصل الاتفاق فى انتظار البنين الصغار ولم يصح القول بخلافه، فهذا وجه ما ذهبت إليه، فإن لم يكن للميت إلا عاصب واحد كبير وآخر صغير حلف الكبير وانتظر الصغير باتفاق. والقسامة فى العمد أن يحلف العصبة خمسين يميناً على البت إن كانوا اثنين فصاعداً مع اللوث كما تقدم، فإذا حلفوا وجب القود، ولا يحلف فيها أقل من اثنين من العصبة الرجال والموالى ولا مدخل للنساء فى ذلك، فإن كانوا أكثر من خمسين رجلاً، فقيل: يحلف جميعهم، وقيل: يقتصر على الخمسين، وإن كانوا جماعة فأرادوا أن يحلف منهم رجلان فقط، فقيل: لا يجزيهم وهو كالنكول وقال ابن القاسم: يجزيهم إن كان إمساكه عن اليمين لتحمل عنه، وأما إن امتنع

فيكون ناكلاً ويبطل الدم، وإذا نكل واحد من العصبة عن اليمين أو عفا، فإن كان الأقرب كالابن والأخ أو شبه ذلك سقط القود، وإن كان الأبعد فلا عبرة به، وللأقرب أن يضم إليه من يحلف معه من سائر العصبة إن كانوا ويستحق القود، وفى «كتاب ابن المواز»، قلت لابن القاسم: هل من الأولياء من إذا عفا عن الدم العمد لزم من بقى، قال: أما بنوه الذكور وأخوته إن لم يكن بنون فمن عفا منهم جاز على من بقى، ولا سبيل إلى القتل، ولم يختلف فى هذا قول مالك وأصحابه فأما من هو أبعد من العصبة مثل الأعمام والعصبة من موال أو قرابة فاختلف فيه قول مالك وقول أصحابه، فروى أشهب عن مالك -رضى الله عنه- إذا لم يكن له ولد ولا أخوة وله عصبة لا يرثه غيرهم، والدم بقسامة فنكل بعضهم فيقسم من بقى، ولا يكون لمن عفا حق عفو غير الولد والأخوة، وكذلك فى عفو أحدهم بعد القسامة لم يجز، وكان من قام منهم بالدم أولى كان بقسامة أو بغير قسامة، وكذلك بنو الأخوة هم كالعصبة إذا استووا ومن قام منهم بالدم فهو أحق، وروى عنه ابن وهب: إن عفا بعض بنى عمه بعد القسامة جاز على من بقى منهم إذا استووا فى العقد، ولمن بقى نصيبهم من الدية، وإن كره القاتل وقال عنه ابن القاسم مثله فى الموالى، وكذلك فى نكول بعضهم عن القسامة، وبهذا نأخذ، وبه قال ابن القاسم وعبد الملك وأصبغ.

ولا يقتل بالقسامة إلا واحد، فإن كان اللوث على جماعة عين العصبة واحداً منهم وحلفوا عليه ووجب القوه، ولا تكون التدمية إلا من المسلم الحر البالغ عدلاً كان أو مسخوطا رجلاً أو امرأة، وتكون على الكبير والصغير والعبد والذمى بالجراح الظاهرة.

ويكتب فى ذلك: عقد أشهد فلان على نفسه شهداءه وبرأسه أو بموضع كذا من جسده جرح كبير مخوف مما لا يفعله المرء بنفسه غالباً، وذكر أن فلاناً أصابه منذ كذا على وجه العمد والقصد، وأنه يجد منه ألم الموت فمتى قضى الله تعالى بوفاته قبل أن يظهر برؤه وتبين إقامته ففلان المذكور المأخوذ بدمه والمنقاد له منه إذا كان ذلك على وجه العمد كما ذكر الذى فيه القود لا على وجه الخطأ إشهاداً صحيحاً عرف قدره والواجب فيه، وشهد على المدمى فلان المذكور بما فيه عنه من أشهده به، وهو بحالة شكاية بسبب ما ذكر فى صحة من عقله وميزه جائز الفعل، وعرفه، وعاين المذكور، وبتاريخ كذا، فإن كان المدمى عليه حاضراً قلت: وعلى عين المدمى عليه، وكذلك إن عرفه الشهود، فتقول: ويعرف المدمى عليه وإلا فتسكت عن ذلك، فإن كان المدمى لم يكن به جرح ظاهر أو قال: ضربنى أو ركضنى أو سقانى سماً فتكتب ذلك، ويجب سجن المدمى عليه بذلك إلا أن يموت قبل أن يظهر برؤه فيجب السجن حينئذ والقسامة، وقال ابن سهل: وفى غير «المدونة»: لا يسجن بمجرد الدعوى بالضرب حتى يقوم المضروب ببينة، فإن رأى السلطان حبسه حبسه على قدر الشنعة فى ذلك، وكذلك الجرح الخفيف فى الذى يظن أنه يرتكب ذلك من نفسه، قاله ابن لبابة وأصحابه، وقال أيوب بن سليمان: إن الضرب المؤلم غير الظاهر أو الجرح الخفيف إن ادعى ذلك على من يشبه ما ادعى عليه من ذلك سجن، وإن لم يدعه على من يشبه، فعلى ما قاله أصحابه، وفى «مسائل ابن الحاج»: سئل فى رجلين بينهما عداوة ومخاصمة إلى أن ظهر أحدهما على الآخر فى الخصام فدمى المستظهر عليه على المستظر وليس به جرح ولا أثر ضرب،

فقال: لا يجب على المدمى عليه بهذه التدمية سجن لضعفها، وقال: ذكر ابن العطار أن تدمية المرأة علي زوجها لا تلزم لأنه يؤدبها ويضربها، وما وقع فى «المدونة» وغيرها من القول بأن تدمية المرأة جائزة يقتضى إعمالها على زوجها وعلى غيره، والأول أحسن، فإن رأيت تدميتها على خلاف ما ذكر ابن العطار، فينبغى أن يعتبر فيها إن كانت بجرح أو بغير جرح، ونزلت فى أيام ابن أدهم، فقال ابن رزق: قل له يتوارى لئلا يسجن وأحسب أن ابن حمدين أفتى بسجنه، وسئل فى ذلك أيضاً ابن الحاج، فقال: تدمية المرأة على زوجها مائلة إلى الضعف، ولا يقام عليه القود بها إلا أن تقول فى تدميتها: ضربنى بسيف أو برمح أو بسكين وبقى أثر ذلك أو يتبين للشهود أن تلك الجراحات مما لا يمكن أن يفعلها أحد بنفسه، فتكون التدمية عاملة، فإن غاب وعرفه الشهود ووصفوه بصفاته التى ينحصر بها وتقوم مقام التعيين وذهب الأولياء إلى أن يحلفوا فلهم ذلك، فإذا استكملوا إيمان القسامة استوجبوا القود منه متى وجدوه، وذلك بعد أن توافق صفاته الصفات التى فى عقد التدمية أو يقر أنه هو الذى ادمى عليه بعد الإعذار إليه، وأما ميراثه فيكون موقوفاً إلى أن يقدم، فإن لم يكن له دفع فى جميع ما ثبت ووجب أن يملك عليه دمه فلا ميراث له سواء اقتصى منه أو عفا عنه، وإن دفع فيما ثبت عليه و لم يتوجه للأولياء القصاص منه فله ميراثه من زوجته وتخلى سبيله بعد أن يحلف خمسين يميناً لنفي التهمة.

قال ابن رشد فى القذف من «الشرح»: وإذا أمر رجل رجلاً بقتل رجل ففيه ست مسائل:

إحداها: أن يأمر الرجل رجلاً حراً او عبداً لغيره بقتل رجل فيقتله، والثانية أن يأمر عبده فيفعل، والثالثة: أن يأمر الإمام بعض أعوانه بقتل رجل ظلماً فيفعل، والرابعة: أن يأمر الرجل ابنه الذى فى حجره وقد بلغ الحكم أو المعلم الصانع لمتعلمه وقد بلغ الحكم أو المؤدب لمن يؤدبه وقد بلغ الحلم بقتل رجل فيفعل، والخامسة: أن يكون مراهقاً لم يبلغ الحلم ومثله ينتهى عما ينهى عنه، والسادسة: أن يكون فى السن فى حد الإثغار أو فوقه.

فأما المسألة الأولى: فلا اختلاف أنه يقتل القاتل، ويضرب الآمر مائة ويسجن سنة.

وأما المسألة الثانية: فإنهما يقتلان جميعاً عند ابن القاسم لم يختلف فى ذلك قوله كان العبد فصيحاً أو أعجمياً، وحكى ابن حبيب عن أصبغ أن ابن وهب كان يقول: إن كان العبد أعجمياً قتل السيد وحده وضرب العبد مائة وسجن سنة، وإن كان العبد فصيحاً قتل العبد وحده وجلد السيد مائة وسجن سنة، قال أصبغ:وهذا استحسان، وقولنا: يقتلان جميعاً كان العبد أعجمياً أو فصيحاً.

وأما المسألة الثالثة: فلا اختلاف فى أنهما يقتلان جميعاً.

وأما المسألة الرابعة: فاختلف فى ذلك قول ابن القاسم، فمرة قال: يقتل القاتل ويبالغ فى عقوبة الآمر، قاله فى «سماع يحيى» من القذف وروى سحنون عنه أنهما يقتلان جميعاً.

وأما المسألة الخامسة: فإن الآمر يقتل ويكون على عاقلة الصبى نصف الدية عند ابن القاسم، فإن كثر الصبيان المأمورون كانت الدية على عواقلهم وإن لم

يصر على كل واحد منهم إلا أقل من ثلث الدية، وقد كان ابن القاسم يقول: على عاقلة الصبي الدية كلها، قال أبو محمد بن أبي زيد، وقال أصبغ من رأيه: لا قتل على واحد منهما، ورآه من الخطأ كما لو أمر غير ولده بذلك، قال فى «كتاب محمد»: ويضرب الآمر مائة، ويسجن سنة، ويضرب الغلام بعد احتلامه إلا أن يكون الأب أو المعلم أو المؤدب مباشراً لذلك، ومغرياً له فإنه يقتل به.

وأما المسألة السادسة: فلا اختلاف فى أن الآمر يقتل به، وتكون على عاقلة الصبي نصف الدية، وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا كان الصبى له قصد وعرف منه تمييز لما يتعمده، فهو الذى عمده خطأ لارتفاع القلم عنه فى القصاص والحدود وسائر الفرائض، وأما طفل المهد أو مرضع لا ميز له ولا يعرف منه قصد ولا تعمد فهو كالبهيمة المهملة التى جرحها جبار، وهذا أصل مجمع عليه، وقال فيها أيضاً وكان الفقيه أبو رزق يقول فى هؤلاء الفرسان الذين يلعبون فى الملاعب والأعياد أنه إن أصاب منهم واحد آخر فجرحه أو قتله أنه يحكم فيه بحكم العمد لا بحكم الخطأ أخبرت بذلك عنه، وكأنى سمعته منه، وإذا كانت القسامة بقول المقتول وهو فى غمرة الموت فيحلف الولاة لقد قتله أو جرحه الجرح الذى مات منه، وإن حيَّى بعد ذلك حياة بينة، فيحلفون لقد جرحه، ولقد مات من جرحه، وكذلك إن كانت القسامة شاهدين على الضرب يحلفون أنه مات من ضربه، وإن كان شاهدوا حد على الجرح فيحلفون لقد جرحه، ولقد مات من جرحه، وقال ابن حبيب: لقد ضربه ولقد مات من ضربه إن كان سمى ضربا، ولقد قتله ولمات من قتله إن كان سمى الميت قتلاً، وسواء كان به أثر أو لم يكن.

ويكتب فى إثبات ولاة الدم: عقد يعرف شهوده فلاناً -رحمه الله تعالى- ويعلمون أنه توفى مقتولاً منذ كذا وأن أولى الناس بطلب دمه والقيام به أخوه شقيقه فلان وابن عمه لحاً فلان لا يعلمون من يشاركهما فى ذلك سواهما، ويعرفونهما أتم معرفة، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

بيان: ولولى الدم الأخذ به والعفو إن شاء على صلح أو غيره، وإن كان الدم ثبت بإقرار أو بينة أو غير ذلك بأن صالح على مال دخل معه فيه جميع الورثة على فرائضهم، وإذا صالح أحد الذين يجب لهم القتل فلا سبيل إلى القتل، وعلى القاتل الأدب والسجن بعد العفو أو الصلح ضرب مائة وسجن سنة، قال ابن الحاج فى «مسائله» من «المدونة»: يضرب مائة، ويسجن سنة من ملك عليه دمه، وأظنه من كلام ابن الماجشون، وكان الظاهر من هذا أن الدم لا يملك إلا بعد القسامة، فحينئذ إذا عفا الولاة وسقط القتل وجب عليه ضرب مائة وسجن سنة، فكأنه يظهر فى أنه لا يجب ذلك عليه، وذهب ابن رشد إلى أن إذا وجبت القسامة فلم يقسم الولاة فإنه يضرب مائة ويسجن سنة مثل ما إذا أقر ثم وقع ترك القتل لعفو أو غيره، وإنما يراعى وجوب القسامة دون وقوعها فتدبره، وقال ابن رشد فى «مسائله»: إذا كان اللوث شهوداً غير عدول تعرف جرحتهم أو تتوسم فيهم الجرحة فلا اختلاف فى أنه لا يجب على المشهود عليه بشهادتهم ضرب مائة وسجن سنة، وإنما يجب عليه بشهادتهم السجن الطويل رجاء أن يوجد عليه بينة عادلة، وأما إن كانوا مجهولين لا يعرفون بجرحة ولا عدالة فيجب عليه الضرب والسجن، وإن عفا عنه قبل القسامة أو بعدها على القول بوجوب القسامة فى ذلك، ولا يجب عليه ضرب مائة وسجن عام على القول

بسقوط القسامة مع ذلك، وقد اختلف فى ذلك قول مالك، ولا يجوز أن يضرب المدعى عليه بالتهمة، وإنما يحبس بها إذا كان ممن تليق به التهمة الشهر ونحوه رجاء أن يوجد عليه بينة وإن قويت عليه التهمة بما يشبه عليه ما لم يحقق تحققاً يوجب القسامة حبس الحبس الطويل، قال ابن حبيب: حتى تتبين براءته، وتأتى عليه السنون الكثيرة، قال مالك: ولقد كان الرجل يحبس بالدم باللطخ والشبهة حتى إن أهله ليتمنون له الموت من طول سجنه، فإن لم يتهم وكان مجهول الحال حبس اليوم واليومين والثلاثة، وإن لم يتهم وكان معروفاً بالصلاح لم يحبس إلا يوماً واحداً.

وفى «مسائل ابن الحاج»: إذا وجبت القسامة بشاهد غير عدل أو شهود غير عدول وحكم بذلك على الرواية التى أتت بذلك فلا يعذر إلى القاتل فى شهادة الشهود لأنهم لم تلتمس فيهم العدالة، فكيف يعذر فى شهادة غير عدول؟ ولكن يلزم أن يعذر إلى القاتل، فقيل له إن كانت لك منفعة عن غير باب الشهود فأت بها، ويوسع له فى الأجل، وإذا عفا المقتول عن جرحه أو صالح ثم مات فللأولياء أن يقسموا ويقتصوا فى العمد، ويأخذوا الدية فى الخطأ، ويرجع الجانى بما أخذ منه، ويجوز الصلح فى العمد على أكثر من الدية وأقل إلى أجل وغير أجل لأنه دم، ويعتبر فى الخطأ بيع الدين بالدين لأنه صلح فى مال، ويجوز الصلح على أن يرحل من بلد ولاة المقتول، وفى «كتاب ابن وضاح» قال أصبغ فى الرجل يقتل الرجل عمداً فيجب له دمه فيصالحه وليه على شىء أخذه منه، ويشترط عليه أن يخرج من حاضرته إلى موضع كذا سنين معلومة أو أبداً أو لا يدخل موضع كذا أن الصلح جائز، والشرط باطل، وليدخل وليخرج، وقال

غيره: وقت السنين أو لم يوقف الشرط باطل، والصلح جائز لأن الصلح على الدم ليس كغيره، وقال أيضاً: أما الذى يشترط عليه أن لا يدخل الحاضرة سنين معلومة فباطل لا يلزمه قليلة كانت أو كثيرة إلا أن يكون على ذلك يمين، وقال ابن القاسم: ينتقض الصلح ويرجع إلى الدية كاملة، ولا يجوز شرط الخروج عن البلد، وقال ابن نافع: ينتقض الصلح، ويرجع صاحب الدم إلى حقه فيقتص من القاتل وقال ابن كنانة: الشرط باطل، والصلح جائز، وقال المغيرة الصلح جائز والشرط لازم، وكان سحنون يعجبه قول المغيرة ويراه حسناً، وفى «كتاب ابن حبيب»: سألت أصبغ عن القاتل يصالح على أن يرحل من بلد ولاة المقتول ولا يساكنهم، فقال: هذا جائز، وقد قال رسول الله ﷺ لوحشي قاتل حمزة: «غيب عني وجهك لا أراك»[1]، فلو صالحهم على أن يرحل عنهم فلم يفعل أو فعل ثم عاد إلى مجاورتهم فلهم القول أو لهم الدية فرضى بذلك، فقال: إن كان الدم ثبت ببينة حتى صالحوه فذلك جائز فى القود والدية، وإن كان لم يثبت فلا يجوز إلا أن يقولوا، فإن لم يفعل أو فعل ثم عاد فنحن على حجتنا فى الدم، قال: وسبيل الجراحات سبيل، هذا فيما فسرت لك، وفى «المنتخب»: قال سحنون قلت لابن القاسم فيمن قتل غيلة أيكون لوليه أن يصالح عن دمه؟ فقال: لا لأن هذا إلى السلطان يحكم فيه، بحكم المحارب، قال محمد: الغيلة أن يغتال الإنسان، ويخدع بالشيء حتى يصير إلى موضع يستخفى فيه، فإذا صار إليه قتل ثم يفترق الحكم فى ذلك، فإن اغتاله لنائرة بينهما أو عداوة حتى قتله، فالعفو فى ذلك عن القاتل بصلح أو غيره جائز، وإن كان اغتاله لأخذ ماله لم يجز العفو وصار

---

(1) لم أجد تخريجه من الكتب التسعة.

حكمه حكم المحارب، وللمقتول العفو عن دمه، ولا يكون فى ذلك للولاة كلام.

فصل

وفى قتل الخطأ الدية على عاقلة القاتل، وهى مائة من الإبل أخماساً بنت مخاض وبنت لبون وابن لبون وحقة وجذعة، وذلك على أهل البوادى، وعلى أهل الذهب ألف دينار، وعلى أهل الورق أثنا عشر ألف درهم، وتنجم عليهم فى ثلاث سنين، وتغلظ على الآباء والأمهات دون غيرهم بالتثليث حقه وجذعة، وأربعون خلفه بسخولتها، وفى الذهب والفضة على المشهور، فتقوم الدنانير، وتزاد نسبة ما بينهما، وفى كونها من ماله حالة أو على العاقلة قولان، ودية اليهودى والنصرانى والمعاهد على النصف من دية المجوسى ثمانمائة درهم ونساء كل صنف على النصف من ديته، وفى دية المرتد ثلاثة أقوالك دية المجوسى، ودية ما ارتد إليه، والسقوط، وفى الرقيق قيمته، وإن زادت على دية الحر، وكذلك فى العمد، ويضرب قاتله مائة، ويحبس سنة، وفى الجنين عمداً أو خطأ ذكراً أو أنثى إذا كان حراً عبد أو وليدة فى مال الجانى من الحمران أو من السودان أو خمسون ديناراً من الذهب أو ستمائة درهم، فإن لم تكن قيمة الغرة ذلك لم يجب قبولها إلا أن يتراضوا، فإن انفصل الجنين بعد موت أمه فقولان، والذى تجب فيه الدية كاملة من الأعضاء اثنا عشر: الأذنان على الأصح، والعينان، وفى عين الأعور الدية كاملة، والضعيفة كالقوية، وفى العين القائمة الاجتهاد، والأنف إذا قطع من أصله أو مارنه على الاختلاف، والشفتان،

ولسان الناطق، وفى لسان الأخرس الاجتهاد، والأسنان كلها، وفى السن الواحدة خمس من الإبل فى قلعها أو اسودادها، وسن الصبى الذى لم يثغر توقف، فإن نبتت سقط عقلها، وفى المتآكله بحسابها، واليدان من العضد إلى الأصابع، وفى كل أصبع عشر، وفى كل أنملة ثلث عشر الدية، والثديان من المرأة، والحلمتان مثلهما إن بطل اللبن والذكر، والأنثيان، وكذلك إذا قطع أحدهما وحده فيه الدية، وفى ذكر الخصى والعنين قولان، والرجلان، والعرج الخفيف مغتفر.

والذى تجب فيه من المنافع فى البدن العقل والسمع وفى إبطاله من أحد الأذنين النصف والبصر، وفى إبطاله من أحد العينين النصف كالسمع، والشم، والنطق، والصوت، والذوق، وشهوة الجماع، وما سوى ذلك ففيه الحكومة، وهو أن يقوم المجنى عليه عبداً سالماً بعشرة مثلاً ثم يقوم مع الجناية بتسعة، فالتفاوت عشر الدية، وذلك بعد اندمال الجرح، فلو لم يبق شين فلا شىء فى ذلك، وفى «الاستغناء»: أنهم كانوا يرون فى ذلك أجرة المداوى، وكان مالك لا يرى للمداوى شيئاً إلا أن يبرأ على شين ففيه الحكومة، والمرأة كالرجل فيما دون ثلث الدية، فإذا بلغ عقل جنايتها الثلث ردت إلى النصف من عقل جناية الرجل، والعبد يعتبر بعد البرء ما نقص من قيمته، ولا تحمل العاقلة جناية عبد ولا عمد ولا اعترافاً، ولا قاتل نفسه عمداً أو خطأ، ولا أقل من الثلث، والدية المغلظة على الجانى على المشهور.

والعاقلة هم العصبة، وألحق بهم أهل الديوان والموالى الأعلون، فإن لم يكن فبيت المال إن كان الجانى مسلما، وإن كان ذمياً فأهل إقليمه، ويؤخذ من الغنى

بقدره ومن الذى دونه بقدره، ولا تضرب على فقير ولا عبد ولا صبى ولا امرأة، ولا يدخل البدوى مع الحضرى، وإن كان من قبيلته عند ابن القاسم خلافاً لأشهب.

وأقل العاقلة سبعمائة رجل، قاله سحنون، وقيل عنه: ألف رجل، ويحلف الورثة فى الخطأ رجالاً ونساءً، ويقتسمون الدية على حسب المواريث، فإن كان الوارث واحد حلف الأيمان كلها واستحق الدية بجملتها، وفى القسامة فى الخطأ مع التدمية قولان، أصحهما: وجوب القسامة.

ويكتب فى ذلك: عقد أشهد فلان وبرأسه جرح مخوف أو فى موضع كذا من بدنه، وذكر أن فلاناً أصابه بذلك على وجه الخطأ، فإن حدث به الموت قبل أن يظهر برؤه ففلان المذكور المأخوذ بما توجبه السنة فى ذلك، وشهد على إشهاده بذلك فى كذا، ولا قسامة فى عبد ولا كافر ولا جنين، ولا فى الجراح عمداً كان ذلك أو خطأ، وفى جراح الخطأ كلها الحكومة كما تقدم إلا أربعة: الموضحة فيها نصف عشر الدية، والمنقلة عشر الدية ويختصان بعظم الرأس، والوجه دون الأنف، واللحى الأسفل، والمأمومة كذلك، وهى التى تبلغ أم الدماغ وفيها ثلث الدية، والجائفة وهى التى تبلغ إلى الجوف ولو بقدر إبرة فيها ثلث الدية وتختص بالبطن والظهر، وفى الهاشمة فى الرأس ثلاثة أقوال: مثل المنقلة، ومثل الموضحة، وحكومة، وأما الهاشمة فى البدن والمنقلة فيه والموضحة فالاجتهاد كسائر الجراحات التى لا عقل لها مسمى، فإن تعدد الموضحات والمنقلات والمأمومات بحيث يكون ما بينهما لم يبلغ العظم تعددت الديات، وإن كانت

من ضربة واحدة بخلاف لو كانت واحدة متسعة من قرنة إلى قدمه من ضربة أو ضربات فى فور واحد، فإنما يكون فيها دية واحدة.

فصل

وفى جراح العمد كلها القصاص إلا ما يعظم الخطر فيها، وأول الجراح الدامية وهى التى تدمى فقط ثم الحارصة، وهى التى تشق الجلد ثم السمحاق، وهى الكاشفة للجلد ثم الباضعة، وهى التى تشق اللحم ثم المتلاحمة، وهى التى تغوص فى اللحم كثيراً ثم الملطى، وهى التى يبقى بينها وبين العظم شىء رقيق ثم الموضحة، وهى التى توضح العظم ثم الهاشمة، وهى التى تهشم العظم ثم المنقلة، وهى التى أطارت فراش العظم، وإن صغر، والمأمومة وهى التى تفضى إلى أم الدماغ ولو بغرز إبرة، والدامغة هى التى تخرق خريطة الدماغ، والجائفة هى التى تفضى إلى الجوف، وفيها كلها القصاص كما تقدم إذا كان عمداً إلا الهاشمة فى الرأس ومناقلته، والمأمومة، والجائفة، فإنما يكون فى ذلك الدية مع العقوبة، وكذلك كل ما يعظم الخطر فيه كعظام الصدر والصلب والفخذ ونحو ذلك، فإنما يكون فى ذلك الاجتهاد، وتشترط المماثلة فى القصاص فى المحل والقدر والصفة، وإذا قطع الكافر أو العبد الحر المسلم فروى أن المسلم مخير، وروى يجتهد السلطان، وروى يؤدب، والصحيح وجوب القصاص، وإذا قطع من اللحم بضعة ففيها القصاص، وفى ضربة السوط قود على المشهور، ولا قصاص فى اللطمة.

وتثبت جراح العمد بشاهدين، وبالشاهد واليمين كجراح الخطأ، فإذا حلف مع شاهده وجب القصاص، قال مالك -رضى الله تعالى عنه- هذا شيء استحسناه، والجنين كالجرح فى ذلك ولا مدخل للقسامة فى شيء من ذلك مع الحياة، فإن قالت دمى عند فلان وجنيني وماتت كانت القسامة فى الأم ولا شيء فى الجنين، وإن عاشت فحكم الجرح كما تقدم، وإن ثبتت دعواها بشاهد واحد وماتت كانت القسامة فى الأم ويمين واحد مع الشاهد فى الجنين، ومن ادعى على آخر أنه جرحه ولم تقم له بينة وجبت اليمين على المدعى عليه، فإن أبى حبس حتى يحلف، قال بعضهم: لابد للسلطان أن يحلفه طلب ذلك المجروح أو أبى، فإن حلف خلى سبيله، وإن أبى أو أقر أدبه على حسب احترامه، وفى «مسائل ابن الحاج»: سئل مالك -رضى الله تعالى عنه- عن الذى يقتص منه هل ترى عليه مع ذلك عقوبة؟ فقال: نعم أرى أن يعاقب خلاف ما قال أشهب أنه من استقيد منه فلا يعاقب بشيء، وخلاف رواية ابن القاسم فى «كتاب الجنايات»، وخلاف ما وقع لابن القاسم عن مالك فى «كتاب الجراحات» من «المدونة»، وإذا سقى رجل سما فتجذم، قال ابن الحاج فى «مسائله»: الواجب عندى أن يسجن الساقى عاماً فإن لم يزل وتحقق أنه جذام ففيه الاجتهاد يقوم المسقى عبداً صحيحاً ثم يقوم مجذوماً فما يكون بين القيمتين يغرمه الساقى من الدية مع الأدب.

وإذا عفا المجروح عن جرحه أو صالح عليه ثم مات فلورثته أن يقسموا ويقتصوا فى العمد ويأخذوا الدية فى الخطأ إلا أن يقولوا فى العفو، وسواء عاش أو مات فلا يكون لهم القيام بذلك إذ ذاك عفو عن الدم.

ويكتب فى ذلك: عقد أشهد فلان على نفسه أنه عفا عن فلان بسبب الجرح الذى أصابه بزعمه بموضع كذا عفواً كلياً لله تعالى، وأسقط عنه ما يجب عليه فى ذلك الإسقاط الأبدى، وسواء عاش أو مات من جرحه ذلك ولم يبقى قبله تبعة بسبب ذلك فى حياته ولا بعد وفاته إشهاداً صحيحاً عرف قدره، وشهد على إشهاده بذلك فى كذا.

وإذا ادعى القاتل العفو على ولى المقتول فإن اليمين تجب عليه فى ذلك، فإن نكل حلف القاتل على دعواه وبرئ واليمين فى ذلك واحدة، وقال أشهب: لا يمين على ولى الدم لأن يمين الدم إنما هو خمسون.

فصل

والسرقة هى أخذ مال الغير مستتراً من غير أن يؤتمن عليه فلا قطع على الغاصب ولا على الكافر ولا على الخائن المختلس.

وشرط السارق أن يكون مكلفاً حراً كان أو عبداً ذكراً كان أو أنثى مسلماً أو ذمياً، وشرط المسروق أن يكون نصاباً وأن يخرجه من حرزه.

والنصاب عند مالك أن يكون ربع دينار من الذهب أو ثلاثة دراهم من الورق أو ما يساوى أحدهما من العروض، وإذا اختلفت الثلاثة دراهم مع ربع دينار الذهب قوم بالدراهم عند مالك –رضى الله تعالى عنه– فما بلغ قيمة ثلاثة دراهم فضة قطع فيه، وإن كان يساوى أقل من ربع دينار من الذهب، والتقويم عند مالك يوم السرقة.

وأما الحرز فهو شيء جرت العادة بحفظ ذلك فيه فغلق الباب حرز، والقبر عند مالك حرز، ومرابط الدواب حرز، وكذلك الأوعية حرز، وما على افنسان حرز، وكذلك ما توسده النائم وما كان على الصبى الصغير من حلى وغيره فلا يقطع فيه عند مالك إلا أن يكون معه من يحفظه.

والمسروق كل متملك غير ناطق يجوز بيعه، واختلف فى المصحف فالمعروف من مذهب مالك وجوب القطع فيه، وكذلك يقطع عنده من سرق مملوكاً والواجب فيها إن ثبتت بينة وإقرار قطع اليمنى من الكوع، وإن سرق ثانية قطعت رجله اليسى ثم يده اليسرى ثم رجله اليمنى، فإن سرق خامسة أدبه، ويجب مع ذلك رد للمسروق إلى ربه أو قيمته إن كان السارق موسراً، فإن كان عبداً فيجب عليه بالإقرار الحد دون الغرم، وإذا رجع المقر بالسرقة عن إقراره إلى شبهة درئ عنه الحد، وإن رجع لغير شبهة فقولان، والغرم واجب عليه فى كل حال، وإذا ادعى شخص على آخر أنه سرقه، فإن كان من أهل الدين والصلاح ولم يثبت أدّب، وإن كان من أهل التهم استحلف إن لم يثبت ذلك، وإن لم يكن متهما فلا يستحلف.

ويكتب فيمن هو ممن لا يليق به ذلك عقد: يعرف شهوده فلاناً، ويعلمونه من أهل الديانة والعفاف والأحوال الصالحة ممن لا تليق به تهمة، ولا خيانة، ولا تليق له، وحالته متصلة على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا. وهو الذى يثبت فيه هذا هو الذى يؤدب له من نسبه إلى السرقة ولم يتبين كما تقدم.

فصل

والحرابة هى كل فعل يقصد به أخذ المال على وجه يتعذر الاستغاثة منه عادة وإن لم يقتل، وإن لم يأخذ مالاً كان بسلاح أو بغير سلاح فى داخل المصر أو خارجه، وكذلك إن لم يطلب مالاً ومنع الناس من سلوك الطريق فقاطع الطريق على المسلم والذمي محارب، ومشهر السلاح كذلك محارب والسارق بالليل والنهار فى دار أو زقاق مكابرة محارب، والذى يخدع الصبى حتى يدخله موضعاً فيأخذ ما معه محارب، والذى يسقى السكران ونحوه ليأخذ ماله محارب، وقتاله جائز باتفاق، ويناشده الله إن أمكن قبل قتاله.

والواجب فى عقوبته إن أخذ القتل أو الصلب أو قطع اليد والرجل من خلال أو النفى وللإمام أن يعين له ما شاء من ذلك فيقتل المحارب ويقطع ذا البطش وينفى من لا يكون إلا دون ذلك كله أو ذا الفتلة، وله أن يضربه مع النفى ويقتل المحارب وإن لم يقتل، وأما إذا قتل فلابد من قتله ولا عفو لولى المقتول عنه ولا غيره إن أخذ قبل أن يتوب ويقتل من أعان منهم فى القتل، ومن لم يعن، قال ابن القاسم: ولو كانوا مائة ألف ويسقط حد الحرابة بالتوبة قبل الظفر لا بعده ويغرم كالسارق ويغرم الواحد عن الجميع تائباً جاء أو غير تائب، وما بأيديهم من المال الذى سلبوه إن طلبه طالب دفع إليه بعد الاستيناء لليمين، وتثبت بشهادة رجلين من الرفقة أو غيرها، ولا تجوز لأنفسهما.

ولو كان مشهوراً بالحرابة فشهد اثنان أنه فلان المشهور ثبتت الحرابة، وإن لم يعايناها، وقال ابن الحاج فى «مسائله»:نزلت فى رجل استرعى عليه عقد أنه

سلاب محارب، ولم يتضمن شهادة الشهود القتل، وأخذ بقرطبة وهو منكر فأفتى بالإعذار إليه، فإن لم يكن له مدفع فالواجب أن يقام عليه حد الحرابة إلا أن يثبت أنه تاب، ولا يقبل فى ذلك قوله، فإن ثبت أنه تاب لم يقم عليه حداً الحرابة، واتبعه الناس بحقوقهم، قال بعض المتأخرين: ومن سل سيفاً على أحد على وجه القتل ضرب أربعين سوط، وكان السيف، فيئاً للمسلمين، وقيل يجب عليه القتل إذا سله محاربة، ومن سل سيفاً على جماعة على وجه المزاح ضرب عشرة أسواط.

فصل

والقذف هو أن يرميه بوطء يجب فيه الحد أو ينفى نسبه من أبيه أو جده، وهو غير مجهول بخلاف نفيه عن أمه فلا حد فى ذلك، وكذلك إن رماه بسرقة أو قتل أو شرب خمر أو كفر فعلية العقوبة، ولا يحد فى ذلك حد القذف، وإن رماه بوطء دون الفرج ففى وجوب حد القذف قولان، ويجب الحد بالتعريض المفهوم عند مالك —رضى الله تعالى عنه- خلافاً لغيره من العلماء، وكذلك إن قال ما أنت بحر أو يانبطى أو يارومى أو يافارسى للعربى بخلاف العكس، واختلف إن قال فارسى وشبهه للعربى وشبهه وكذلك إن قال: زنت عينك أو يدك أو رجلك أو قالت[1] أو قال مولى لعربى أو ابن عم لابن عم: أنا خير منك، ففى ذلك قولان، وكذلك إن نسبه إلى جده فقولان، فإن نسبه إلى عمه أو خاله أو جداته فعليه الحد، وفى «الاستغناء»: قال ابن عبد الغفور: وشهادة

---

(١) هذا الموضع فراغ بالأصل.

السماع الفاشي فى النسب جائزة مثل ان ينسب إلى قريش أو غيرها لأن الأنساب لا تعرف إلا بذلك، وبها تحاز، فإذا انفاه أحد حد له، قال ابن مغيث فى «مقالته»: وإذا ترافعا إلى القاضى، فقال أحدهما: هذا قذفنى، وأنكر الآخر، فإن كان المدعى عليه ممن يقول هذا القول سجنه القاضى حتى يقيم الآخر البينة.

ويكتب فى ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً، ويعلمونه قذف فلاناً فى يوم كذا بأن قال: يا ابن الزانية أو لست لأبيك، ومن علم ذلك وتحققه وسمع مقالته المذكورة ووعاها، ويعرف من ذكر عينا واسماً قيد على ذلك شهادته فى كذا.

بيان: فإذا ثبت ذلك على عينه ولم يكن عنده مدفع وجب عليه الحد، وهو ثمانون سوط، فإن ادعى ذلك عليه ولم يكن له بينة فهل له أن يحلفه بضمن الدعوى، فظاهره فى «العتبية»: أنه لا يحلف إلا أن يقيم المدعى عليه، وكذلك فى «سماع ابن القاسم» من الحدود، فإن أبى أن يحلف سجن أبداً حتى يحلف زاد فى «سماع أصبغ»، فإن طال سجنه خلى سبيله، وقال أصبغ من رأيه: أرى أن يؤدب إذا كان معروفاً بالأذى والفحش والمشارة للناس، وإلا فأدبه حبسه، وقال ابن رشد: اختلف فيما ادعى عليه الشتم هل يحلف؟ على قولين:

أحدهما: أنه يحلف، فإن نكل حبس ولا يرجع اليمين على المدعى، فإن طال حبسه خلى سبيله والثانى: أنه لا يحلف بضمن الدعوى نحو ما تقدم، ويظهر لى أنه إن كان من أهل الفحش والأذى حلف، فإن أبى سجن، وإن كان على غير ذلك لم يحلف.

وشرط حد القذف فى القاذف البلوغ والتكليف، وفى المقذوف الإحصان، وهو البلوغ، والإسلام، والحرية، والعفاف، وإطاقة الوطء فى المقذوفة كالبلوغ، وحد القذف من حقوق الآدميين، ولذلك يورث ويسقط بالعفو قبل بلوغ الإمام، وقيل: لا، وأما بعد بلوغ الإمام فاجازه مرة ثم رجع عنه، وقيل يجوز إن أراد ستراً على نفسه، ومعنى ذلك أن يكون المقذوف قد سمع ما قذف به فيتوقع أن يؤخذ على ما قاله بينة، ويجوز العفو عن الحد قبل بلوغ الإمام على شرط أن يقوم به ما بينه وبين أمد معلوم أو متى بدا له.

ويكتب فى ذلك: عقد أشهد فلان على نفسه أنه عفا عن فلان بسبب القذف الذى قذفه به منذ كذا بأن قال له كذا على شرط أن له القيام به من الآن إلى تمام عام واحد، وأشهد بذلك فى كذا.

فإن صالحه فى ذلك على مال، فقيل: إن ذلك لا يجوز لأن الحدود إنما فيها العفو أو القصاص، وقيل: يجوز ذلك فى الحكم وإن كان مذموماً فى الاختيار، ومن قال لآخر: يا منبوذ فعليه الحد لأنه قطع نسبه، ومن قذف جماعة فعليه حد واحد، وكذلك إن قذف واحداً قذفات فى مرة واحدة أو مرات فعليه حد واحد إلا أن يحد ثم يقذفه بعد ذلك فعليه الحد ثانية، ومن قال لآخر: يا ثور أو ياحمار أو ياكلب، فإن ذلك من الأذى، وعليه الأدب، وكذلك إن قال له: ياخنزير فعليه الأدب على ما يراه السلطان إلا أن يكون القائل ممن لا يعرف بالأذى، وإنما هى منه زلة وفلتة فلا بأس أن يقال قال بعض المتأخرين: وكل من جنى معصية من حق الله تعالى وحق آدمى عزره الحاكم باجتهاده بقدر القائل

والمقول له والقول، فيخفف أو يتجافى عن الرفيع وذى الفلتة، ويثقل على ذى الشر.

ويكون التعزير بالضرب، والحبس، وبترع العمامة وبغير ذلك، وقد يزاد على الحد فيه عند مالك بخلاف غيره، ولا ينتهى فيه إلى القتل، وقال مطرف فى «المبسوطة»: والأدب إلى الحاكم يؤدب باجتهاده، وإن أتى على إخراج الروح، وله فى «الواضحة»: إن أقصى ما يبلغ إليه الأدب فى المعروف بالجرم ثلاثمائة، وقال أصبغ: مائتان، وروى عن رسول الله ﷺ قال «من بلغ حداً فى غير حد فهو من المعتدين»[1]، وذهب إلى هذا محمد بن مسلمة من أصحاب مالك أنه لا يتجاوز خمسة وسبعين، والمشهور عنه المعلوم أن ذلك إلى الاجتهاد، وهو مذهب ابن القاسم، وقال أشهب: لا يزاد على عشرة أسواط للحديث الصحيح فى ذلك، قال ابن الحاج فى «مسائله»: وحديث «أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم»[2] خرجه أبو شيبة، وهو على الندب، وقد يحمل على الوجوب، واختلف هل هو خطاب متوجه إلى الحاكم أو إلى القائمين عندهم، وهو فى الأدب والتعزيز، وأما الحدود فلا يقال فيها أحد.

وسئل ابن رشد فى رجل سب رجلاً فطلب أخذ شهادة من حضر، فرغبوه فى العفو عنه، فقال لهم: تشهدون لى ولكن عندى ما تريدون حتى يشهدوا له ثم أنكر كل ما قال، وطلب حقه، فأجاب: يلزمه العفو إن سألوه إياه بعد أن شهدوا لأنه هو الذى طلبوه منه أولاً، فقد أوجب على نفسه بقوله: لكم عندى

---

(1) لم أقف على تخريج الحديث.

(2) الحديث رواه أبو داود فى ((السنن)) بلفظ: ((أقيلوا ذوى الهيئات عثراتهم إلا الحدود)).

ما تريدون إن شهدتم لى فلا يصدق فيما ادعاه من أنه أراد بذلك ما سواه، وإذا قال رجل لآخر: سرقت متاعى، فإن كان المدعى عليه ممن يتهم وإلا لزم القائل لذلك الأدب، وإذا شهد على رجل أنه يؤذى الناس بلسانه حبس ثلاثة أيام ويؤدب على قدر جرمه، وإن زاد شره أمر بالكف عن الجيران، وإلا بيعت عليه داره او أكريت عليه، وكتب عمر إلى أبى موسى أدب على كل ذنب على قدره ولو بسوط، وأفتى بعض الفقهاء فى الذى يؤذى الناس فى المسجد بإخراجه من المسجد، وقال بعض المتأخرين: من آذى مسلماً بلسانه بلفظ يضربه فعلى الأدب فى ذلك يقمع رأسه بالسوط أو يضرب ظهره أو رأسه بالدرة، وذلك على قدر سفه القائل والمقول له، وإذا ارتفع الكلام عند القاضى بين الخصمين فى مجلسه ضرب كل واحد منهما عشرة أسواط، ومن تكلم فى عالم بما لا يجب ضرب أربعين سوطاً، ومن تكلم فى أحد من الناس بما لم يكن أدب، ومن تكلم فى الأمير بغير شىء فعليه العقوبة.

فصل

وما أسكر كثيره فقليله حرام، فإن شرب المسلم المكلف منه شيئاً قليلاً أو كثيراً لزمه الحد إلا أن يكون مكرها أو مضطراً، وفى البدوى يدعى جهل التحريم قولان، واما المجتهد الذى يرى حلية النبيذ ومقادره ففى حدهم خلاف، والصحيح أن لا حد على أحد منهم، وكذلك من ظن مسكراً شراباً آخر فلا حد عليه، ويثبت بشهادة رجلين وبالإقرار والشهادة على الشم ممن يعرفها كالشرب، وكذلك إذا شهد أنه قاءها وإن أتى الشاهد أن يشهدان عليه بذلك،

فلابد من اثنين، وإن بعثهما الحاكم، فقيل: يجزئ الواحد فى ذلك، وقيل: لابد من شاهدين، وغنما يأمر الحاكم باستنهاكه إذا وجد منه رائحه ينكرها أو يرى به تخليطاً فى قول أو مشى، فإن لم ير منه شيئاً من ذلك تركه و لم يتحبس عليه ولا يقبل فى شهادة الرائحة إلا من خبر شربها فى وقت، وقال بعض المتأخرين: لا يحتاج إلى ذلك وإلا لبطلت الشهادة فى ذلك لأن من هذه صفته معدوم، وإنما يحتاج إلى من يعرفها فقد يكون من لم يشربها قط يعرف رائحتها معرفة صحيحة، فإن شك الشهود فى الرائحة هل هى رائحة مسكر أو غيره نظر إلى حاله، فإن كان من أهل السفه نكل، وإن كان من أهل العدل خلى سبيله ولا يضرب حتى يفيق من سكره، ولا يطاق به إلا المدمن المعتاد المشهور بالفسق، فإنه يطاق به ويفضح ويلزم السجن، وموجبة ثمانون، والعبد النصف من ذلك، وهو كسائر الحدود كلها بسوط وضرب وسط على الظهر والكتفين دون ما سواهما، ويجرد الرجل ويترك على المرأة ما لا يقيها، قال ابن حبيب: وينبغى أن تقام الحدود كلها علانية والضرب فيها كلها سواء، وقال ابن شهاب: يجتهد فى حد الزنا والقربة ويخفف بعض التخفيف فى الشراب، وقال الخطابى: وروى أن النبى ﷺ أتى بأبى شملة وهو سكران فقبض قبضة من تراب فضرب بها وجهه ثم قال: «اضربوه»[1]، فضربوه بالثياب والنعال وبأيديهم، وهذا دليل على أنه أخف الحدود، أكثر ما بلغ به رسول الله ﷺ أربعين، وروى أن رجلاً شرب فانطلق به إلى رسول الله ﷺ، فلما حاذى دار العباس انفلت فدخلها فذكر ذلك

---

(1) لم أقف على تخريجه.

للنبي ﷺ فضحك، وقال: «أفعلها؟»[1]، ولم يأمر فيه بشيء، وهذا دليل على أن للإمام أن يعفو عن شارب الخمر، وليس كغيره من سائر الحدود وإن رفع إلى الوالي أن في بيت فلان خمراً فإن أتاه بذلك رجل واحد ممن لا تجوز شهادته فلا يكشف عن ذلك ولا يهتك ستر مسلم بذلك، وإن أتاه بذلك قوم عدول فشهدوا عنده على البت أن في بيت فلان خمراً كشف عن ذلك وهراقها، وضرب المشهود عليه إلا أن يكون ممن له حرمة، وليس بمشهور بالسوء فيتركه ولا يكشف عنه، ويتقدم إليه بالذى أعلم من شأنه، ويحذره أن لا يبلغ عنه مثل ذلك، وإن كان معروفاً باشر منهما بما قيل كشف عنه، واستقصى أمره، فإن وجده كما قال أدبه، وإن اشتد شرهم في الدار ورأى الإمام إخراجهم منها أخرجهم أو أكراها عليهم بعد تقدمه إليهم المرة بعد المرة، وإن ظهر المنكر في الدار بحيث يعرفه من هو خارج الدار كأصوات المزامير والأوتار وأصوات السكارى بالكلمات المألوفات بينهم بحيث يسمعها أهل الشوارع، فهذا إظهار موجب للحسبة ولمن يسمع ذلك دخول الدار وكسر الملاهي، وكذلك أواني الخمر وظروفها إذا احتملت مستورة لا يجوز أن يكشف عنها إلا أن تظهر بعلامة خاصة، وكذلك العود والظن في هذا يقوم مقام العلم وقد أُمِرْنا أن نستر ما ستره الله، وننكر على من أبدى لنا صفحته، وإذا مشت امرأة مع أهل الفساد في الشعراء ثم تأتي أو تساق لم ينبغي للإمام أن يكشفها عما كانت فيه هل زنت أو إن كانت خرجت عن طوع منها أو إكراه، ويؤدبها الإمام، ولا يكشف عن شيء، ومن تغامز مع امرأة أجنبية أو تضاحك معها ضرب عشرين

---

(1) لم أجد تخريجه في الكتب الستة.

سوطاً، والمرأة كذلك، ومن حبس امرأة ضرب أربعين سوطاً، وإن طاوعت هي فكذلك، وإن قبلها ضرب خمسين سوطاً، وهي كذلك إن طاوعته، ذكر ذلك بعض المتأخرين.

فصل

وإذا ارتد المسلم عن دينه معلناً استتيب، قيل: في الحال، وقيل: ثلاثة أيام، فإن تاب لم يؤدب وإلا قتل كفراً وارتداده إما أن يقر برجوعه عن دين الإسلام إلى دين آخر أو بأن يقول قولاً أو يفعل فعلاً قد انعقد الإجماع أنه لا يصدر إلا عن كافر مثل استحلال شراب الخمر والزنا وعبادة الأوثان، والاستخفاف بالرسل عليهم الصلاة والسلام، وجحد سورة من القرآن، ونحو ذلك، وأما إن اعتقد رأى الخوارج أو المعتزلة أو الشيعة أو نحو ذلك، فاختلف هل يحكم بكفره أم لا، فقيل: يقتلون، وقيل: لا يقتلون، وقال مالك -رضي الله تعالى عنه- وأرى أن يستتاب أهل الأهواء، فإن تابوا وإلا قتلوا، وعلى القول بقتلهم اختلف هل يقتلون كفراً؟ فيكون لهم حكم المرتدين أو تأديباً كالذى يقر بالصلاة ويمتنع من فعلها، وأما إذا كان مستتراً بالكفر كما ذكر غير مظهر للكفر فهو الزنديق وحكمه عندنا القتل من غير استتابة فلا تقبل توبته كالمرتد، واختلف في الذمى إذا تزندق، فقيل: يقتل، وقيل: ولا، الساحر المنجم حكمه القتل، فإن كان مستتراً به فهو كالزنديق يقتل دون استتابة، وإن كان معلناً فكالمرتد يقتل بعد الاستتابة، وهذا إذا كان يزعم أن الكواكب هي الفعالة في الأشياء، وإن كان يرى أن الله تعالى هو الفاعل، وهذه الكواكب دلالة وأمارات على ما يفعله

زجر عن ذلك وأدب على حسب اجتهاد الإمام ولا يقتل، ومن يسب الله تعالى عز وجل أو نبيه محمداً ﷺ أو أحداً من أنبيائه أو ملائكته عليهم السلام قتل إلا أن يرتد إلى دين، فيستتاب، قال ابن الحاج فى «مسائله»: من سب الله تعالى بما تسب اليهود والنصارى من نسبة الصاحبة إليه والولد –تعالى الله عن ذلك وجل لا إله إلا هو– استتيب فإن تاب وإلا قتل، وهذا إذا كان مظهراً لذلك، فإن كان له مستتر قتل ولم يستتب كالزنديق، وإن سب الله تعالى بما يستتاب به الناس بينهم، فإن كان سباً مجرداً مقصوداً إليه قتل الساب ولم يستتب، وكذلك إن ذكر الله عز وجل وعظمته وجلاله فسبه ساب مثل أن يقول هو الفاعل قتل أيضاً، ولم يستتب لأنه كالسب المجرد المقصود إليه أو أشد، وأما إن استطرد من سب المخلوق إلى سب الخالق من جهة الجرح أو الغضب أو ما أشبه ذلك فهذا لا يقتل ويضرب الضرب الشديد، ويطال سجنه، والسنة فى سجنه قليل، قال: وسئلت من جيان فى رجل شاتم رجلاً، فقال له: هو القرآن والقرآن الذى خلقه الله –تعالى الله عن قوله– وثبت ذلك عليه غير أن الشهود قالوا: إنه قاله فى حال غضب، فأفتيت الواجب فيمن سب الله تعالى السب الذى يستتاب به الناس القتل ولا يستتاب، فكذلك يجب على هذا الرجل الفاسق أبعده الله تعالى إلا ان يكون لحكم ما فهم من كلامه أنه لم يقصد السب ولا اعتقده، ولكنه استطرد من سب الرجل إليه، فيمكن أن يدرأ القتل عنه، ويضرب الضرب الوجيع المؤلم الشديد المبرح الذى يكون ردعاً فى جميع الناس والبلاد مع السجن الطويل والسنة فى مثل هذا قليل.

وسئل فى ذلك ابن رشد، فقال: الواجب على هذا الأدب الوجيع إذا لم يقصد إلى سب الله تعالى، وإنما قصد إلى سب المنازع له فمر على لسانه ما لم يعتقده والله أعلم، ولو قصد إلى سب الله تعالى بذلك لوجب عليه القتل والحد فى الأدب مصروف إلى الاجتهاد، فيكون على قدر حاله وما يعرف من استهتاره، وقال فى المسائل المذكورة إن شتم رسول الله ﷺ قتل ولم يستتب، وإن نسب إليه الكذب فى الرسالة خاصة وهو الصادق المصدوق ﷺ، فهو زنديق مرتد يقتل دون استتابة، وإن نسب إليه الكذب فى خلقه فهو زنديق يقتل ولا يستتاب.

وسئل ابن رشد فى رجل شهد عليه أنه شتم النبى ﷺ بشتم قبيح وهو سكران، فقال: إذا ثبت على هذا الملعون بشهادة شاهدين عدلين أنه سب النبى ﷺ وأذاه بكلمة واحدة فما فوقها ولم يكن عنده فى ذلك مدفع، فالانتقام منه لله تعالى ولرسوله ﷺ بالقتل من غير استتابة واجب.

وقد سئل ابن عتاب فى عشار شهد عليه أنه قال لرجل عندما فتش عليه متاعه أدِّ ما عليك إلى واشتك إلى النبى، وقال الآخر عند تضييقه عليه: إلى كم هذا التضييق على الناس وقد رأيتك بغرناطة تفعل كذا ثم رأيتك تسأل الناس؟ فقال: إن كنت سألت فقد سأل النبى ﷺ، فأفتى ابن عتاب بالقتل فكيف بهذا الملعون الذى انتهى من سب رسول الله ﷺ إلى هذا المنتحى، ولقد أمر الله تعالى عباده بتوقير النبى ﷺ وتعظيمه، وقال: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يُؤْذُونَ اللَّهَ وَرَسُولَهُ لَعَنَهُمُ اللَّهُ فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَأَعَدَّ لَهُمْ عَذَابًا مُّهِينًا﴾ [الأحزاب: ٥٧]، ولا

يعذر هذا الفاسق بالسكر فالحدود تجب على السكران من الخمر كما تجب على الصحيح.

وقال ابن الحاج فى «مسائله»: نزلت وسئل عنها أهل العلم فى رجل، قال: إن النبى ﷺ خرج من مخرج البول بأبى هو وأمي عليه الصلاة والسلام فقال: إنه ينظر إلى سبب قوله فيحمل عليه، فإن ذكرت فضائله عليه الصلاة والسلام، فقال الرجل ذلك الكلام، فإنه يقتل ولا يستتاب لأنه إنما قصد إلى الوضع منه والتنقيص به، وإن لم يكن كذلك مثل أن يذكر أن الصالحين خرجوا من مخرج البول فقال هو: والنبى ﷺ خرج من مخرج البول فهذا يضرب ضرباً وجيعاً ولا يقتل، وكذلك إن قصد بقوله ذلك أنه من البشر وليس من الملائكة فإنه لا يقتل ويضرب ضرباً وجيعاً وإن جود الكلام فى ذلك فإنه يقتل، وقد قال مالك فيمن قال إن رسول الله ﷺ وسخ أنه يقتل لأنه تنقص كأنه نسبه إلى قلة التنظيف والوضع منه، وقال فيها أيضاً اختلف الفقهاء فى الذمى يسب النبى ﷺ، فقال مالك –رضى الله تعالى عنه– من شتم النبى ﷺ من أهل الذمة قتل إلا أن يسلم، وقال أبو حنيفة وأصحابه والثورى: يعزر ولا يقتل، وقال الليث: يقتل مكانه، وقال الشافعى: يؤخذ على من صولح من الكفار أشياء منها متى ذكر أحدهم كتاب الله أو محمداً ﷺ فقد حل دمه، قال الطحاوى: فهذا يدل على انه إن لم يؤخذ عليه لم يستحل دمه، والقول قول مالك والليث، وقد روى عن ابن عمر أنه قال فى راهب سب النبى ﷺ: لو سمعته لقتلته ولا مخالف له من الصحابة علمته، قال أبو عمر بن عبد البر فى «تمهيده»، فى تفسيره لحديث ابن خطل: وإذا قلنا على مذهب مالك –رضى الله تعالى عنه– أنه يقتل فيكون ما يخلفه من مال

لبيت مال المسلمين لأنه قد نقض العهد وصار كالحربي يظفر به أنه يقتل ويسبى ماله، وكذلك الذمى لو زنى بمسلمة طوعاً أو كرها فهو نقض للعهد،ويكون ماله لبيت مال المسلمين.

وسئل فى رجل قال لرجل فى كلام جرى بينهما: إنما شتم الأنبياء والرجل القائل غير متهم فى دينه، فقال: إن ثبت ذلك عليه بشاهدين لا مدفع له فيهما فعليه الأدب والسجن على قدر ما يرى القاضى، فإن لم يكن إلا شاهد واحد سقط عنه ذلك، ولو كان ممن يتهم فى دينه ويعلم بسوء المعتقد لوجب عليه القتل بشهادة الشاهدين إذا لم يكن فيهما مدفع ويجب عليه بالواحد الأدب والسجن.

وسئل فى رجل سب رجلاً آخر فرد عليه فعز على الأول فلما فهم منه ذلك، قال له: يشق عليك أن أراجعك، والله لو أن نبياً مرسلاً أو ملكاً مقرباً سبنى لرددت عليه بمثل ما سبنى، وفى رجل عشار قال لآخر: اغرم واشتك للنبى ﷺ، فأجاب: وقفت على السؤال، وقد أتى الرجل المنسوب بعظيم من القول، ونكر من الكلام، واجترأ على ملائكة الله ورسله عليهم الصلاة والسلام، واستخف بما عظم الله إلا أن السب الذى وعد أن يرد به لم يقل ولا وجد منه، ولو أمكن أن يقوله أو يوجد منه لاستبيحت نفسه وسفك دمه دون استتابة، فالذى أراه — والله المسدد— أن يضرب الضرب المبرح بالسوط، ويطال سجنه، وكذلك يكون فى العشار لحق الله، ولو كان كل واحد منهما ممن عرف بأشباه ذلك من الاستخفاف لكانا محقوقين بالقتل دون استتابة. وفى «المسائل» المذكورة قال الشيخ أبو الحسن: من سب عائشة بما سبها به أهل الإفك وحققه عليها فيقتل

ولا يستتاب لأنه أذى رسول الله ﷺ، وهذا سب لا استتابة منه، قال فيها: وروى أبو ذر أن المأمون أوتي برجلين أحدهما شتم فاطمة، والآخر شتم عائشة، فأمر بقتل الذى شتم فاطمة، وترك الآخر، فقال إسمعيل بن إسحق: ما حكمهما إلا أن يقتلا فينبغى أن ينظر فى حال من صدر منه قول من هذه الأقوال، فإن كان من أهل الفقه والاستقامة فيخفف فى عقوبته، ويقال: إن كانت فتنة.

ويكتب فى ذلك: عقد يعرف شهوده فلانا، ويعلمونه من أهل الاستقامة فى أحواله والخير والديانة، وحاله متصلة على ذلك حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا. وإن كان من أهل الشر والفساد فإنه يزاد فى عقوبته ويشدد عليه بحسب ما يثبت من حال.

ويكتب فى ذلك: عقد يعرف شهوده فلاناً ويعلمونه من أهل الشر والفساد والأحوال غير المستقيمة والتهم لا يعلمون حاله انتقلت عن ذلك ولا تبدلت بسواها حتى الآن، وقيدوا على ذلك شهادتهم فى كذا.

وفى «المدونة»: أن أهل التهم يكشفون ويقضى عليهم بقدر تهمتهم وإن عرفتم بذلك، وربما كان فيه الضرب، هذا قول مالك والليث والعلماء -رضى الله تعالى عنهم- وفى «الاستغناء» قال المشاور: وإنما يقام على أهل التهم ويعاقبون فيما ادعى عليهم به خاصة لا فى غير ذلك من الأشياء، وبذلك العمل، وقال ابن العطار فى الذى يثبت فيه عقد يقبح أحواله: أن ثبوت ذلك يوجب عليه العقوبة بالضرب والسجن الطويل حتى تظهر توبته، وقال ابن رشد فى «التعقيب»: إنما تجب عليه العقوبة مع أن يدعى عليه بدعى.

وهنا انتهى القول بنا فى هذا المجموع، والحمد لله رب العالمين، والصلاةوالسلام على سيدنا ونبينا ومولانا محمد خاتم النبيين، وإمام المرسلين وقائد الغر المحجلين إلى جنات النعيم، وعلى آله،وأصحابه الطيبين الطاهرين، وأزاوجه، وذريته إلى يوم الدين آمين، والحمد لله رب العالمين.

قام بالتعليق والتقديم والتصحيح

أ/محمد عبد الرحمن الشاغولى

الباحث العلمى والمحقق، والكاتب بالموسوعة العربية بالمنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم(ALECSO)

Email:ALRAWDA_SH@yahoo.com

ت: ٠١٤٥٧٥٧٢٢٤

فهرس كتاب ((العقد المنظم))